

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LE FAIT PERTINENT ET ADMISSIBLE

DANS SES RAPPORTS AVEC LA THÉORIE GÉNÉRALE
DES PREUVES, COMME ÉLÉMENT PROBATOIRE
EN DROIT CIVIL COMPARÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le lundi 22 octobre 1923, à 4 heures 1/2

PAR

MOHAMED SADEK-FAHMY

Lauréat de la Faculté de Droit de Lyon
Professeur à l'Ecole Royale de Droit du Caire
Avocat près les juridictions mixtes en Egypte
Diplômé de la Faculté des Lettres de Lyon

Président : M. LÉVY-ULLMANN, professeur
Suffragants { *MM. PIÉDELIÈVRE, professeur*
HÉMARD, professeur

PARIS
LIBRAIRIE DALLOZ

11, RUE SOUFFLOT, 11

1923

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LE FAIT PERTINENT *et* ADMISSIBLE

DANS SES RAPPORTS AVEC LA THÉORIE GÉNÉRALE
DES PREUVES, COMME ÉLÉMENT PROBATOIRE
EN DROIT CIVIL COMPARÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le lundi 22 octobre 1923, à 4 heures 1/2

PAR

MOHAMED SADEK-FAHMY

Lauréat de la Faculté de Droit de Lyon
Professeur à l'Ecole Royale de Droit du Caire
Avocat près les juridictions mixtes en Egypte
Diplômé de la Faculté des Lettres de Lyon

Président : M. LÉVY-ULLMANN, professeur

Suffragants { *MM. PIÉDELIEVRE, professeur*
HÉMARD, professeur

PARIS
LIBRAIRIE DALLOZ

11, RUE SOUFFLOT, 11

1923

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



EN HOMMAGE DE DÉVOUEMENT

TRÈS RESPECTUEUX A

SA MAJESTÉ LE ROI FOAD I

LE SOUVERAIN ÉCLAIRÉ

PROTECTEUR DES LETTRES ET DES SCIENCES

QUI, APRÈS AVOIR RENDU L'INDÉPENDANCE A SON PEUPLE

VEUT LUI DISPENSER LES BIENFAITS

DE LA PLUS HAUTE INSTRUCTION

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
BIBLIOGRAPHIE.....	xii
AVANT-PROPOS.....	1

PREMIÈRE PARTIE

INTRODUCTION A L'ÉTUDE DES PREUVES

CHAPITRE PREMIER. — De la place de la matière des preuves dans le <i>corpus juris</i> contemporain....	20
§ 1. — <i>Système français</i>	
<i>Section I.</i> — Première période jusqu'au xvii ^e siècle.	23
<i>Section II.</i> — Deuxième période, du xvii ^e siècle aux Codes de 1804-1810.....	29
<i>Système italien</i>	37
§ 2. — <i>Système anglo-américain</i>	38
<i>Section I.</i> — Première étape, du viii ^e au xii ^e siècle.	40
<i>Section II.</i> — Deuxième étape, du xii ^e à la fin du xviii ^e siècle (commencement du xix ^e siècle)....	41
<i>Section III.</i> — Troisième étape, du xix ^e siècle à la période contemporaine.....	43
<i>Section IV.</i> — Quatrième étape, l'époque contem- poraine.....	45
§ 3. — <i>Systèmes allemand, suisse et musulman</i>	48
<i>Section I.</i> — La place de la preuve dans le <i>corpus</i> <i>juris</i> allemand.....	49
La place de la preuve dans le <i>corpus juris</i> suisse..	52
<i>Section II.</i> — La place de la preuve dans le droit musulman.....	55

1 ^{re} Première période.....	56
2 ^{re} Deuxième période.....	63
3 ^{re} Troisième période (époque classique).....	64
4 ^{re} Quatrième période (<i>Les Moukalledine</i>).....	79
5 ^{re} Cinquième Période : La codification.....	81
Conclusion.....	85
Appendice. <i>La place de la preuve dans le corpus juris égyptien</i>	87
 CHAPITRE DEUXIÈME. — Définition de la preuve.....	95
§ 1. — <i>Le Droit romain</i>	98
<i>Section I.</i> — Dans la procédure des actions de la loi.....	98
<i>Section II.</i> — Dans la procédure formulaire.....	101
<i>Section III.</i> — Dans la procédure extraordinaire.....	102
§ 2. — <i>Le Droit français</i>	105
<i>Section I.</i> — La procédure franque.....	105
<i>Section II.</i> — La procédure canonique.....	107
<i>Section III.</i> — La procédure féodale.....	110
<i>Section IV.</i> — La monarchie absolue.....	113
<i>Section V.</i> — Droit français actuel depuis le Code civil.....	116
§ 3. — <i>Le droit anglo-américain</i>	130
<i>Section I.</i> — Première époque anglo-saxonne (de 590 à 1100).....	132
<i>Section II.</i> — Deuxième époque (1100-1200).....	134
<i>Section III.</i> — Troisième époque : ancien droit anglais depuis la Grande Charte (1215 à 1500).....	137
<i>Section IV.</i> — Quatrième époque (époque moderne 1500 à 1700).....	138
<i>Section V.</i> — Cinquième époque : de 1790 à nos jours.....	143
§ 4. — <i>Le droit allemand et suisse</i>	149
<i>Droit allemand</i>	149
<i>Section I.</i> — Époque franque.....	150
<i>Section II.</i> — Du x ^e au xvi ^e siècle.....	151
<i>Section III.</i> — Du xvi ^e au xix ^e siècle.....	154

<i>Section IV. — La codification moderne.</i>	157
<i>Droit suisse</i>	163
§ 5. — <i>Le droit musulman</i>	168
<i>Section I. — Les origines</i>	168
<i>Section II. — Epoque classique</i>	168
<i>Section III. — Epoque des Moukalledine</i>	189
<i>Section IV. — Epoque de la codification</i>	190
CONCLUSION.....	192

DEUXIÈME PARTIE

LE FAIT A PROUVER

CHAPITRE PREMIER. — Généralités.....	205
§ 1 ^{er} . — <i>Définition du fait à prouver</i>	207
§ 2. — <i>Classification du fait à prouver</i>	211
1 ^{re} classification : faits positifs et faits négatifs....	211
2 ^{me} classification : actes juridiques et faits matériels.....	222
§ 3. — <i>Conditions que le fait à prouver doit remplir</i>	235
1 ^o Il doit être pertinent ; 2 ^o Il doit être admissible ;	
3 ^o Il doit être déterminé ; 4 ^o Il doit être contesté.	235
§ 4. — <i>L'administration de la preuve du fait ne peut avoir lieu en dehors de l'audience et en l'absence des parties</i>	239
CHAPITRE DEUXIÈME. — Le fait pertinent.....	248
§ 1 ^{er} . — <i>Droit français, droit égyptien et droit musulman</i>	248
<i>Section I. — Droit français</i>	248
<i>Section II. — Droit égyptien</i>	259
<i>Section III. — Droit musulman</i>	264

§ 2. — <i>Droit anglo-américain. Les quatre questions</i>	
dégagées par les anglo-américains sont :.....	264
1 ^{re} question : <i>Direct evidence and indirect evidence</i> ...	265
2 ^{me} question : Conception de la <i>relevancy</i> logique et légale.....	266
3 ^{me} question : <i>Relevance</i> directe et indirecte.....	268
4 ^{me} question : Classification des faits <i>relevant</i> s.....	271
1 ^o Faits probatoires du « <i>main fact</i> ».....	271
A. — Faits logiquement probatoires.....	272
B. — Faits moins logiquement probatoires..	273
2 ^o Faits montrant l'identité ou les rapports des parties.....	276
3 ^o Faits montrant l'état d'esprit des parties ...	276
4 ^o <i>Character</i>	278
A. — <i>Character in issue</i>	278
B. — <i>Character not in issue</i>	279
5 ^o <i>Similar facts</i>	281

CHAPITRE TROISIÈME. — Le fait admissible.....

Généralités.....	285
L'admissibilité ne doit pas être confondue avec la pertinence.....	285
Fondement de la condition d'admissibilité.....	291
§ 1. — <i>Le fait impossible</i>	293
Droit anglais.....	293
Droit français.....	298
Droit musulmann.....	302
§ 2. — <i>Le fait prohibé par la loi</i>	304
Droit français.....	304
Droit anglo-américain.....	305
Section I. — Exclusion absolue.....	306
Section II. — Exclusion conditionnelle.....	307

CHAPITRE QUATRIÈME. — Le fait à prouver doit être dé- terminé..... 312

§ 1. — <i>Comment déterminer le fait à prouver</i>	317
<i>Section I.</i> — Droit romain.....	318
<i>Section II.</i> — Droit français.....	318
<i>Section III.</i> — Droit égyptien.....	321
<i>Section IV.</i> — Droit musulman.....	322
§ 2. — <i>Rôle du juge et des parties dans la détermination du fait à prouver</i>	325
Droit romain.....	325
Droit français.....	327
Droit égyptien.....	332
Droit musulman.....	335
Droit allemand.....	336
Droit anglo-américain.....	338
Conclusion.....	340
§ 3. — <i>Les faits qui n'ont pas besoin d'être déterminés</i> ..	341
1° Cas admis par toutes les législations.....	342
2° Cas controversés.....	343
A) Lois étrangères.....	343
B) L'usage.....	347
C) Le fait de notoriété publique.....	349
D) La démonstration des règles du droit applicable au procès.....	352
Quelles solutions devons-nous donner pour ces cas con- troversés.....	356
Conclusion.....	359

INDEX BIBLIOGRAPHIQUE

I

DROIT FRANÇAIS

- Acollas. — Manuel de droit civil français. Paris, 1814.
- Aubry et Rau. — Cours de droit civil français, 4^e et 5^e édit. Paris.
- Baudry-Lacantinerie et Barde. — Traité théorique et pratique de droit civil. Des obligations, 3^e éd. Paris, 1908.
- Beudant. — Cours de droit civil français. Paris, 1906.
- Bonnier. — Traité des preuves judiciaires, 3^e éd. Paris, 1888.
- Capitant (H.). — Introduction à l'étude du droit civil. Paris, 1919.
- De la cause des obligations. Paris, 1923.
- Chauveau et Carré. — Les lois de la procédure civile et commerciale. Paris, 1880.
- Colin (A.) et Capitant (H.). — Cours élémentaire de droit civil français. Paris, 1922.
- Danty. — Traité de la preuve par témoins, 5^e éd. Paris, 1752.
- Demogue. — Traité des obligations en général. Paris, 1923.
- Notions fondamentales du droit privé. Paris, 1911.
- Demolombe. — Cours de Code Napoléon. Paris, 1876.
- Domat. — Les lois civiles dans leur ordre naturel, 1694.
- Esmein. — Cours d'histoire du droit français. Paris, 1912.
- Gabriel. — Essai sur la nature, les différentes espèces, et les divers degrés de force, des preuves (nouvelle édition, par Solon, Toulouse, 1824).
- Garsonnet. — Traité théorique et pratique de procédure. Paris, 1898.
- Glasson. — Histoire du droit et des institutions de la France. Paris, 1887.

- Glasson. — Précis de procédure civile. Paris, 1908.
— Sources de la procédure civile française. Paris, 1882.
Gény. — Science et technique en droit privé positif. Paris, 1914-1921.
Guilheirmoze. — Enquêtes et procès (étude sur la procédure et le fonctionnement du Parlement au xiv^e siècle, suivie du style de la chambre des enquêtes). Paris, 1892.
Japiot. — Procédure civile et commerciale. Paris, 1916.
Lambert. — La fonction du droit civil comparé. Paris, 1903.
Larombière. — Traité théorique et pratique des obligations, 1857.
Laurent. — Principes de droit civil français. Bruxelles et Paris, 1893.
Merlin. — Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence. Bruxelles, 1825-1828.
Picard (Maurice). — De la preuve par commune renommée, 1911.
Planiol. — Traité élémentaire de droit civil. Paris, 1917.
Pothier. — Traité des obligations dans ses « Œuvres » annotées et mises en correction avec le code civil, par M. Buguet, 1861-1870.
Rodier (Marc-Antoine). — Questions sur l'ordonnance de Louis XIV, du mois d'avril 1667 relative aux usages des Cours de Parlement et principalement de celui de Toulouse. Toulouse, 1769.
Thévénat. — Essai sur la charge de la preuve. Thèse Lyon, 1921.
Toullier. — Le droit civil français. Paris, 1830.
Villebrun. — Essai sur l'extension de la preuve par témoins dans le droit moderne. Thèse Montpellier, 1909.
Viollat. — Histoire du droit civil français. Paris, 1905.
Dalloz. — Recueil d'arrêts.
— Répertoire méthodique et alphabétique de législation et de jurisprudence, appelé aussi Jurisprudence Générale.
Sirey. — Recueil général des lois et des arrêts.

II

DROIT MUSULMAN

Le Coran

Labauume (Jules). — Le Coran analysé. Paris, 1878.

Mohamed Ebn Garir et Tabari (né en 224 H.). — Tassir : commentaire du Coran.

EPOQUE CLASSIQUE

- Al Bokhari (Ali Abdullah Mohamed, mort en 256 H.). — *Sahih al Bokhari*. Boulaq. Le Caire, 1312 H.
- Al Kassani (Abou Bakr, mort en 587 H.). — *Badayeh El Sanayeh*, 7 volumes. Le Caire, 1328 H. (1900 ère chrétienne).
- Al Naouaoui (*Minhadj al Talibine*, mort en 623 H.). — (Guide des zélés croyants). Traduction van den Berg. Batavia, 1884.
- Al Sarakhssi (mort en 438). — *Al Mabsout*, 30 volumes. Le Caire.
- Al Zailai (mort 743 H.). — *Tabien Al Hakaek-Charh Kanz, El Dakaek* 6 vol.
- Ebn el Houmam (Abdel Wahed El Siwassi, mort 681 H.). — *Fath al Kadir* : commentaire du livre *Al Hidaya* par El Marghinani (Borham eddine, mort en 593 H.).
- *Fath al Kadir* a été complété par le juge Zada, mort en 988 H.
- Ebn el Kassem (rapporté par Sahnoun). — *Al Modawna Al Koubra*.
- Ebn el Kayem Al Gawzieh (mort *Elam Al Mowakkein*, 3 volumes.
- Malek (ebn Anasse, mort en 197 H.). — *Al Mowatta*. Le Caire.

EPOQUE DES MOUKALLIDINE

- Al Aïni (Badru eddine abou Mohamed mort, 835 H.). — *Charh Sahih al Boukhari*. Constantinople, 1308 H.
- Al Taraboulssi (Alà eddin Ali). — *Moïen al Hokkam*. Le Caire, 1300 H.
- Ebn Abdin (Mohamed Amin XII^e siècle H.). — *Rad Al Mohtar*, 5 volumes.
- Ebn Khaldoun. — *Prolégomène*, traduction Slane.
- Al Choukani (Mohamed d'Ebn ali). — *Neyl al Aoutar*.
- Al Fatawa Al Hindiya*, par une Assemblée des savants musulmans.

ÉPOQUE CONTEMPORAINE

- Abdel Kader El Raféi Al Farouki. — *Al Takrir*. Le Caire, 1323 H.
- Abou el-Fath (Ahmad). — *Al Moukhtarat Al Fathieh*. Le Caire, 1340 H.
- Ali Korrah. — *Al Ousoul Al Kadaïah Fi Al Morafaat Al Chariah* (Procédure musulmane). Le Caire, 1921.
- Aristarchi bey. — *La Législation ottomane*, 1873 à 1888.

- El Khodari (Mohamed). — *Tarikh El Tachri el Eslami*. Histoire de la législation musulmane. Le Caire, 1339.
- Houdas. — El Bokhari : *Les traditions islamiques traduites de l'Arabe*. Paris, 1908.
- Lambert (Edouard). — *Fonction du droit civil comparé*. Paris, 1903.
- Mohamed Zeid El Embabi et Mohamed Salama, Al Morafât Al Charïah. — *Procédure musulmane*. Le Caire, 1919.
- Le Code du statut réel musulman, par Kadri Pacha.
- Le Code du statut personnel, par Kadri Pacha.
- Règlement d'Organisation judiciaire des tribunaux chari-égyptiens.
- Morand (Marcel). — Introduction à l'étude du droit musulman algérien. Alger, 1921.
- Avant-projet du Code présenté à la Commission de codification du droit musulman algérien. Alger et Paris, 1916.
- Introduction à l'étude des preuves en droit musulman dans la *Revue algérienne et tunisienne de Législation et de Jurisprudence*, t. XVII, 1901, p. 47 et suiv.
- Sawas Pacha. — Etude sur la théorie du droit musulman.
- Young. — *Corps du droit ottoman*, 7 volumes. Oxford, 1906.
- Al Medjellat. — *Code civil ottoman*, 1868.
- *Code algérien*.

III

DROIT ÉGYPTIEN

- Dr Abd El Hamid Abou Heif Bey. — *La procédure civile et commerciale et l'organisation judiciaires en Egypte (en arabe)*. Le Caire, 1922.
- *Concise treatise on the private international law*. Le Caire, 1922.
- Dr Abd El Salam Zohny. — *Les obligations*.
- Ahmad Fathy Pacha Zaghloul. — *Commentaire du Code civil égyptien (en arabe)*. Le Caire, 1913.
- Halton. — *Elementary treatise on the Egyptian civil Codes*, 2 volumes, le Caire, 1904-1911.
- De Hults. — *Répertoire alphabétique du droit civil égyptien*, Chambéry, 1908.
- F. P. Walton. — *The Egyptian law of Obligations*, 2 volumes.

JURISPRUDENCE

Bulletin de Législation et de Jurisprudence égyptiennes (mixtes)
depuis 1889.

Recueil officiel des arrêts de la Cour d'Appel mixte.

Borelli Bey. — La législation égyptienne annotée. Paris, 1892.

Al Houkoug. — Recueil de législation et de jurispr. (arabe) depuis
1885.

Bulletin officiel des tribunaux indigènes publié par le ministère de la
Justice depuis 1900.

Al Charaf. — Revue de droit en arabe.

IV

DROIT ANGLO-AMÉRICAIN

Bentham (J.). — Traité des preuves judiciaires. Paris, 1823.

Cockle. — Cases and Statutes of the law of evidence, 3^e édit. London,
1913.

Franqueville. — Le système judiciaire de l'Angleterre, 2 vol., 1898.

Glasson. — Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre. Paris,
1882.

Halsbury (Earl of). — The laws of England. London, 1910.

Holland. — Elements of jurisprudence, 10^e éd. London, 1908.

Mc Kelvev. — Handbook of the Law of Evidence, 2^e éd. New-York,
1907.

Phipson. — Law of Evidence, 4^e éd. London, 1907.

Powell. — Principles and practice of the Law of Evidence, 9^e éd. Lon-
don, 1910.

Safwat (Ahmad). — Organisation judiciaire de l'Angleterre (en arabe).
Le Caire, 1923.

Stephen. — Digest of the law of Evidence.

Wigmore. — A Treatise on the System of Evidence in the trials at
Common Law, 2^e éd. Boston, 1923.

Pour les recueils de jurisprudence anglaise (*Law Reports*), vu leur
grand nombre, nous renvoyons le lecteur aux citations faites au cours
du présent ouvrage.

V

**DROIT ROMAIN, DROIT ALLEMAND, DROIT SUISSE
ET DROIT ITALIEN**

- Cuq. — Manuel des institutions juridiques des Romains. Paris, 1917.
Girard. — Manuel élémentaire du droit romain. Paris, 1911.
Von Jhering. — L'Esprit du droit romain, trad. Meulenaere, 3^e éd.
Paris, 1886.
Hunter. — Roman Law, 3^e éd.
Savigny. — Traité de droit romain, traduction de Guenoux. Paris,
1886.
Walton. — Introduction to Roman Law.
Glasson, Lederlin et Dareste. — Code de procédure civile pour l'em-
pire d'Allemagne. Paris, 1887.
Jolly (Julius). — Über das Beweisverfahren nach dem Rechte des tach
senspiegels. Mannheim, 1846.
Mittermaier. — Traité de la preuve en matière criminelle ou exposi-
tion composée, trad. Alexandre. Paris, 1848.
Code civil allemand, 2 vol. Paris.
Rossel et Mentha. — Manuel de droit civil suisse. Lausanne.
Lessona. — Trattato della prove in materia civile, Florence, 1914.

DIVERS

- Bulletin de la Société d'Études législatives. Paris.
Bulletin de la Société des Législations comparées. Paris.
Revue de Métaphysique. Paris.
Nouvelle Revue historique de Droit.
Revue historique de Droit français et étranger.
Journal of the Society of comparative legislation and international law.
L'œuvre juridique de Raymond Saleilles. Paris, 1914.
Lambert. — L'enseignement du droit comparé, sa coopération au rap-
prochement entre la jurisprudence française et la jurispru-
dence anglo-américaine. Lyon, 1919.
— L'Institut de droit comparé, son programme. Lyon, 1921.
Lévy-Ullmann. — Vers le droit mondial du xx^e siècle. Paris, 1923.
— De l'utilité des études comparatives, article paru
dans la revue de Droit, Québec, 1923.



AVANT-PROPOS

Ayant été appelé à remplir les fonctions de professeur à l'Ecole royale de droit du Caire, c'est la théorie des preuves que nous eûmes à enseigner comme une partie détachée du droit civil (1). Dans les facultés françaises, ce morcellement n'existe pas habituellement. Aussi cette matière n'est-elle pas l'objet d'une particulière attention (2). Pour nous, au contraire, ces circonstances nous ont amené à en découvrir tout l'intérêt que nous avons été d'ailleurs à même d'apprécier par notre expérience du Barreau. Il nous a paru qu'il y avait là un sujet d'étude qui était négligé. Dans l'enseignement anglo-américain, la théorie des preuves, la « *Law of evidence* » a une individualité très prononcée. Amené à y puiser des matériaux pour notre enseignement, nous y avons constaté la présence d'éléments dignes

1. Actuellement il n'en est plus ainsi, cette théorie rentre dans le cours des obligations et dans celui de la procédure comme en France.

2. Il en est ainsi tout au moins dans la littérature juridique. Mais certains cours dans les facultés sont consacrés à cette matière, par exemple le cours de M. le professeur Martin. Malheureusement ces cours ne sont pas publiés.

M. Sadek-Fahmy

d'attirer la curiosité des juristes, tant de notre pays, que du monde civilisé. D'autre part, en Egypte, le droit musulman qui joue un rôle particulièrement important, dans tous les tribunaux et à l'Université d'« *Al Azhar* », contient sur les preuves, comme en beaucoup d'autres matières, de véritables richesses. Ajoutons qu'une grande partie de la législation égyptienne a pour base le droit français. Ainsi nous étions placé, pour l'étude de cette théorie des preuves, à une sorte de carrefour. Un juriste égyptien est contraint, par la situation de son pays, à se pénétrer des multiples courants législatifs. Il est amené par là même à étudier, non seulement les législations qui sont à la base du droit égyptien, mais aussi toutes celles qui comptent dans le mouvement européen, par exemple les législations allemande, suisse, italienne (1).

La méthode qui s'impose dans ce cas est évidemment celle du droit comparé. Nous n'aurions rien dit de cette méthode, que nous croyions définitivement

1. C'est bien en effet la méthode dont s'inspire le mouvement doctrinal parmi les juristes égyptiens contemporains: D' Abdel Hamid Abou Heif Bey, dans son admirable traité *la Procédure civile et commerciale* et dans son *Concise treatise on Private international law*. — Mohamed Helmi Pacha Issa, l'éminent auteur dans son livre *la Vente*, donne au droit musulman la place qu'il mérite. — D' Abd el Salaam Zohni, *la Responsabilité de l'Etat égyptien à raison de l'exercice de la puissance publique*. — D' Mohamed Kamel bey Morsi, *De l'étendue du droit de propriété en Egypte* (étude historique, juridique et comparée). — D' Abd el Hamid Bey Badaoui, *le Développement de la notion du privilège*. Grenoble, 1912. D' Hassan Nachat Pacha, *Les jeunes délinquants* (étude comparée). Paris, 1913, etc.

assise, si un certain flottement ne s'était tout récemment manifesté dans la doctrine sur sa conception.

L'éminent professeur à la Faculté de droit de Paris, M. Lévy-Ullmann, proclame que les études comparatives doivent avoir pour objectif essentiel de « travailler au rapprochement des peuples en facilitant leur mutuelle intelligence »... « La législation comparée doit tendre de toutes ses forces dans le domaine plus vaste de la civilisation dont elle est un des facteurs vitaux, à réaliser l'idéal de cette paix universelle pour laquelle ont versé leur sang les meilleurs des nôtres, et à laquelle jamais les hommes de toutes les nations n'ont tant aspiré qu'aujourd'hui (1). » C'est là un but essentiellement idéaliste et humanitaire.

Pour M. Lambert, le distingué fondateur de l'Institut de droit comparé de Lyon, la science comparative a pour tâche la plus urgente de préparer les étudiants à la compréhension des jurisprudences étrangères et particulièrement à la jurisprudence anglo-américaine, par la méthode du cas. C'est là un objectif nettement utilitaire (2).

De l'autre côté de la Manche, la Société anglaise de législation comparée adopte un point de vue moins éloigné de celui de M. Lévy-Ullmann, mais qui, ne dépassant pas les frontières de l'Empire britannique et des Etats-Unis d'Amérique, reste malheureusement

1. Lévy-Ullmann, *De l'utilité des études comparatives* dans *la Revue du droit*. Québec, 1923, p. 397.

2. Ed. Lambert, *l'Institut de droit comparé, son programme*. Lyon, 1921.

trop étroitement cantonnée dans le domaine juridique anglo-saxon (1).

En présence de ces divergences, un coup d'œil rétrospectif sur l'histoire de la discipline récente du droit comparé nous a paru nécessaire afin de déterminer l'exacte conception que nous croyons devoir adopter.

« Le droit comparé est une science des plus modernes ; des hommes vivants l'ont vu naître » disait Sir Frederick Pollock au Congrès international de droit comparé de 1900 (2). « C'est un produit des sciences juridiques modernes, » disait le professeur Kohler, au même Congrès.

On peut se demander pourquoi le droit comparé a vu son apparition retardée (3). La vieille méthode d'exégèse qui demeure à la base de l'étude du droit

1. *Journal of the Society of comparative legislation and international law*. London, 1920, sir Gray dans son rapport, à l'occasion du 25^e anniversaire de la dite Société, page XV.

2. *Procès-verbaux et documents*, tome I, page 248.

3. On peut prétendre que depuis une très haute antiquité il y a eu des échanges législatifs entre les peuples. Ainsi la loi des Douze Tables semble s'être inspirée parfois des lois de Solon. Les Romains avaient, semble-t-il envoyé une députation en Grèce (voir Ed. Cuq, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, page 9. — F. P. Walton, *Introduction to Roman law*, 2^e édition, page 97, note 1). Au moyen âge, dans la théorie des statuts, au xvi^e siècle chez les auteurs coutumiers de la France, dans l'*Esprit des lois*, de Montesquieu, n'y a-t-il pas des études comparatives proprement dites ? Mais ces échanges législatifs entre les peuples et ces traces d'études comparatives ne constituent pas une science du droit comparé.

privé et des décisions jurisprudentielles de tous les pays, qui consiste dans le commentaire des textes du droit national, tend naturellement à mettre au-dessus de tout la volonté du législateur. Cette tendance éloigne évidemment du droit comparé.

Cette méthode d'exégèse a subi toutefois divers échecs. Les textes sont rapidement insuffisants. Les premiers commentateurs du Code civil français qui ne les complétaient qu'à l'aide de la volonté présumée du législateur, *a pari*, *a contrario*, *a fortiori*, ne purent pas être longtemps suivis. Les textes vieillissent vite. Devant les besoins nouveaux de la pratique, on ne chercha plus ce que le législateur était présumé avoir dit sur des problèmes qu'il ne pouvait même pas prévoir. On fit appel à la raison. Quelle était rationnellement la solution la meilleure du conflit pratique qui surgissait ? Le recours au droit naturel, au droit idéal dont la raison seule pouvait découvrir les principes éternels et immuables n'inclinait guère les esprits à l'étude des législations positives étrangères tout aussi imparfaites que la législation nationale.

La jurisprudence rappela sur la terre les partisans du droit naturel. La doctrine dut se préoccuper de rester d'accord avec les tribunaux. L'école historique vint alors proclamer la primauté de l'observation sur la raison : « L'évolution du droit se fait, disait-elle, d'une façon inconsciente, indépendante de la volonté de l'homme... et l'action humaine, en s'exerçant imprudemment dans ce domaine, ne peut que troubler la marche naturelle des choses » cette

école ne pouvait accorder la moindre utilité aux études comparatives ; à quoi servirait la comparaison, puisque le droit est « élaboré par la conscience collective du peuple, puisqu'il est un produit du milieu national, en sort, pour ainsi dire automatiquement, comme le fruit de la fleur (1). »

Cette thèse de l'école historique a été écartée par l'évolution économique et politique du milieu du XIX^e siècle. Les nouvelles démocraties ont foi dans l'effort novateur. Les événements les ont de plus en plus portées à s'étudier les unes les autres (2). Ihering a magnifiquement dépeint ce mouvement des temps contemporains : « La vie des peuples n'est pas une existence d'êtres isolés ; comme celle des individus dans l'Etat, elle constitue une communauté, elle se traduit en un système de contingences et d'actions réciproques, pacifiques et belliqueuses, d'abandons et d'appréhensions, d'emprunt et de prêt ; en un mot, elle constitue un gigantesque échange embrassant toutes les faces de l'existence humaine (3). »

C'est alors que le droit comparé a pu naître. La Société française de législation comparée est fondée en 1869 (4). De 1869 à 1900, c'est une période de

1. H. Capitant dans *l'Œuvre juridique de Raymond Saleilles*. Paris, 1914, p. 69-70.

2. Voir Lévy-Ullmann, *op. cit.*, p. 387.

3. *Esprit du droit romain*, trad. Meulener, 2^e éd., t. I, p. 6.

4. Une autre société de droit comparé fut également fondée à Berlin en 1893 : la *Gesellschaft für vergleichende Rechts-und staatswissenschaft*. Comme le fait remarquer

formation. L'utilité pratique de l'étude des législations étrangères s'impose, à raison de l'internalisation constante des transactions sociales. L'avocat a de plus en plus besoin de connaître le droit étranger. Le parlementaire y puise de précieux renseignements et des exemples. D'un autre côté, l'intérêt scientifique de l'étude comparative apparaît au sociologue et à l'historien (1). Le professeur de droit, enfin, en découvre l'utilité pédagogique (2).

Ainsi, de divers côtés, se répandait le goût des études comparatives. C'est alors que Saleilles, en août 1900, provoque la réunion du Congrès de législation comparée à l'occasion de l'exposition universelle de Paris. On s'aperçoit alors que la science du droit comparé est déjà vivante, parce qu'on découvre qu'elle a un objet, une méthode et une fonction propres. Son objet, c'est l'étude et la comparaison des législations étrangères, en vue de dégager des principes juridiques, ce qui l'affranchit de la sociologie et de l'histoire comparative qui se bornent à la constatation théorique du réel dans l'étude des monuments législatifs (3). Sa méthode, c'est la méthode

M. Lambert (*La Fonction du droit comparé*, Paris, 1903, p. 11, note 1), l'étude du droit comparé moderne des pays civilisés y a été complètement délaissée pour l'étude des institutions primitives. En Belgique, également il existe un bulletin de législation comparée.

1. H. Capitant, *op. cit.*, p. 81-83.

2. Saleilles, rapport dans le *Bulletin de la Société de législation comparée*, mars 1900, p. 231 et Lévy-Ullmann, *op. cit.*, p. 389.

3. H. Capitant, *op. cit.*, p. 82.

juridique ainsi décrite par M. le professeur Capitant, l'éminent savant de la Faculté de droit de Paris, dans l'*OEuvre juridique de Raymond Saleilles* : « Il faut passer par le droit étranger pour arriver au droit comparé. S'initier à la connaissance complète, approfondie des législations étrangères est évidemment la première tâche qui incombe au comparatiste. Aussi l'exposé du droit étranger, comme celui du reste du droit national, doit-il tenir une large place dans l'enseignement du droit comparé. Mais cet exposé ne fait que préparer l'œuvre de comparaison, laquelle exige un bien plus gros effort. Et d'abord, il faut choisir avec soin les législations prises comme sujet d'observation, suivant l'institution sur laquelle on fait porter ses investigations ; il faut ensuite les étudier dans le passé, afin de tracer la ligne d'évolution qu'a suivie, les formes qu'a revêtues, dans chacune d'elle l'institution considérée » (1).

Cette science, à quoi va-t-on l'employer ? Quelle est sa fonction, son but ? Saleilles lui attribue la mission de montrer d'après la comparaison du droit étranger dans quel sens doit se faire l'évolution du droit pour un état social donné. Comment cela ? En dégageant le type idéal vers lequel doit tendre cette évolution ; en indiquant ce type idéal au législateur national, et ici se révèle l'utilité pratique de la science du droit comparé dorénavant formée ; indépendamment de l'utilisation législative, Saleilles

1. H. Capitant, *op. cit.*, p. 85-86.

songeait à l'utilisation doctrinale et jurisprudentielle. L'utilisation doctrinale se comprend d'elle-même. Quant au rôle jurisprudentiel, il est contestable, pour qui connaît l'esprit des tribunaux (1).

M. Lambert, à cette époque, assignait à la science nouvelle un but plus idéaliste ; sous le nom de « droit commun législatif », il y voyait une science principale, dont la fonction est de découvrir les règles idéales, indépendantes des dispositions positives de telle ou telle législation (2).

Ainsi grandit la science du droit comparé. La guerre en détourna fatalement les esprits. Mais ce fut pour peu de temps. Dès 1916, cette science reprend un nouvel essor vers la réalisation pratique du but qui lui avait été assigné. C'est alors que M. Sciajola songe à créer « l'alliance législative entre nations amies et alliées dans le but de réaliser l'unité du droit des diverses nations en toutes les matières dans lesquelles la similitude des rapports sociaux, permet et conseille la similitude des dispositions juridiques » (3). On va jusqu'à proposer, à la faveur de la fraternité des armes, l'unification de législations considérées jusqu'alors comme très opposées, le droit anglo-saxon et les droits d'origine latine (4). Malheureusement, des malentendus politiques ont

1. Conf. H. Capitant, *op. cit.*, p. 96-97.

2. H. Capitant, *op. cit.*, p. 89.

3. Lévy-Ullmann, *op. cit.*, p. 393.

4. Ed. Lambert, *l'Enseignement du droit comparé, sa coopération au rapprochement entre la jurisprudence française et la jurisprudence anglo-américaine*, Lyon, 1919.

éloigné les esprits de ces projets éminemment louables.

Certains savants, comme M. Lévy-Ullmann, continuent à avoir foi dans cet avenir de la science comparative ainsi qu'en témoigne le passage que nous avons cité plus haut.

L'Institut de droit comparé de Lyon, fondé par M. Lambert, semble avoir, au contraire, « une tendance un peu exagérée à vouloir ramener les études comparatives aux objectifs utilitaires entrevus presque exclusivement à leur début » (1).

Il nous paraît que, au fond, ces deux tendances ne s'excluent pas, mais se complètent l'une l'autre. Il faut savoir être à la fois idéaliste et pratique ; c'est du particulier qu'il faut partir pour s'élever au général. D'ailleurs, à Paris sous la direction de M. Lévy-Ullmann, on ne néglige pas les questions particulières sur un problème pratique (2) et le « *case system* » est en faveur dans le cours même du professeur. Nous pensons toutefois que le but final est exprimé par M. Lévy-Ullmann ; c'est pourquoi, nous donnerons une place particulière au droit musulman dans notre ouvrage, afin de travailler à la mutuelle intelligence des peuples. Dans le même but, nous chercherons dans notre matière très vaste et parfois négligée à dégager de la diversité des législations une solution idéale des divers problèmes

1. Lévy-Ullmann, *op. cit.*, p. 397.

2. Voir notamment les thèses de MM. Légal, Alfred. *De la négligence et de l'imprudence comme source de responsabilité civile délictuelle*, et de M. Lepaulle. (Pierre) *De la condition des sociétés étrangères aux Etats-Unis*. Paris, 1923.

de la preuve. Sans nous faire d'illusions sur la difficulté de notre tâche nous voudrions pouvoir tout au moins apporter quelque utile contribution à la science du droit comparé.

*
* *
*

Une introduction s'imposait au début de notre travail ; nous avons été amené à lui donner une grande étendue, parce qu'il s'agissait de dégager les bases de la théorie des preuves, c'est-à-dire sa place et sa conception dans le *corpus juris* contemporain. Ceci fait, l'analyse de la théorie fait apparaître trois rameaux de questions : 1° le problème du fait et les caractéristiques que doit présenter le fait : *a)* il doit être pertinent ; *b)* admissible et *c)* établi en présence du juge et de la partie adverse ; 2° le problème des moyens de preuve ; 3° celui de la charge de la preuve. Le premier problème est fort négligé dans la plupart des législations et particulièrement dans les législations méditerranéennes dont l'Égypte fait partie (1). Par contre, le droit anglo-américain donne à cette question l'importance qu'elle mérite. Ce droit où la synthèse est généralement négligée, formule au contraire sur cette question précisément une synthèse des plus remarquables. Le fait, c'est au fond, dans la preuve,

1. Nous préférons employer cette expression plutôt que celle de législations « latines », maintenant que le droit français et le droit italien se sont répandus peu à peu tout autour des côtes de la Méditerranée.

ce qu'il y a de plus important. Cette question du fait est éminemment pratique ; l'étudiant, au sortir de la faculté, s'entend dire au prétoire : « Maître, passez au fait, la Cour sait le droit » ; il n'est nullement préparé à affronter toutes les difficultés de cette question du fait. La législation anglo-américaine possède ici une technique parfaite, que le droit comparé a pour mission de mettre à la portée des juristes des divers pays.

Cette théorie du fait pertinent et admissible avec l'introduction générale à l'étude des preuves formera l'objet du présent volume.

Les deux autres problèmes, les moyens de preuve et la charge de la preuve feront l'objet d'études ultérieures.

PREMIÈRE PARTIE

INTRODUCTION A L'ÉTUDE DES PREUVES

Le prophète Mohamed a dit : « Si l'on accorde aux gens ce qu'ils demandent, il y en a qui perdront leur sang et leurs biens (1). »

Celui qui exerce un droit en est normalement le

1. Al Bokhari Abi Abdullah Mohamed (mort en l'année 256 de l'hégire) dans *Sahih Al Bokhari*, t. VI, p. 35. Boulaq. Le Caire, 1312. H.

Voici le passage d'où est extrait cette parole : « D'après Ebn Abou-Molaïka, deux femmes étaient occupées à raccommoder des chaussures dans une tente ou une chambre. Tout à coup, l'une d'elles sortit la main percée d'une alêne et prétendit que l'autre femme l'avait blessée. L'affaire ayant été portée devant Ebn-Abbâs, celui-ci rapporta alors la parole de l'Envoyé de Dieu, citée plus haut. Houdas El Bôkari, (*les Traditions islamiques traduites de l'arabe*. Paris, 1908, t. III, p. 280), donne une traduction différente et emploie le mot « accusent » au lieu de « demandent », ce qui ne nous paraît pas correspondre exactement au terme arabe « iddâ »). On n'est pas d'accord sur les circonstances exactes dans lesquelles ce hadisse (parole du Prophète) a

titulaire légitime (1). Mais il peut arriver qu'il s'élève une contestation sur ce droit. Il est logiquement impossible de croire deux affirmations opposées. Il faut donner la préférence à celle qui est conforme à la vérité. Le rôle de la preuve, c'est la démonstration de la vérité. Si celui qui a la charge de la preuve manque à cette exigence, même s'il a le droit, il est comme ne l'ayant pas. La preuve est donc l'âme du droit (2).

Peut-on s'en remettre entièrement au juge sur la question de savoir si la preuve est faite (3) ? De

été prononcé. Pour la discussion complète, à ce sujet, voir *Charh Sahih Al Bokhari*, c'est-à-dire *Commentaire du Sahih Al Bokhari*, par Al Aïni, Badru Eddin Abou Mohamed, mort en l'année 855 H., t. VIII, p. 518 et suiv. Constantinople, 1308 H. On peut se rendre compte par l'importance accordée par les auteurs musulmans à un point secondaire en lui-même, du degré de leur probité scientifique. Ce hadisse est rapporté par les six auteurs reconnus pour avoir autorité en la matière. Voir El Sahied Abdel Rahim El Tahtaoui dans son livre *Hidayet El Bari*, t. II, p. 103. Le Caire, 1329 H.

1. R. Demogue, *les Notions fondamentales du droit privé*. Paris, 1911, p. 543. « Nous sommes ici en face d'un des grands principes de la sécurité statique. Il faut donner satisfaction à celui qui détient une situation de fait, en le dispensant de prouver son droit... » « Tout état de fait est supposé conforme à l'état du droit. »

2. A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. I, p. 91. H. Capitant, *Introduction à l'Etude du droit civil*. Paris, 1923, p. 401 et suiv. Holland, *The Elements of jurisprudence*. London, 1908, p. 348. « It has been said that law is concerned more with remedies than rights. » La loi s'occupe plus de la protection (de la preuve) que des droits.

3. Larombière, *Des obligations*. Paris, 1857, t. IV, p. 174.

plus ne faut-il pas absolument terminer tout procès, toute contestation et admettre un moment où la vérité doit être considérée comme suffisamment établie (1) ?

Peut-on dire, dans ces conditions, qu'on cherche la vérité (2) ? Non, il faut avant tout, dans l'intérêt social, clore un litige.

Ce but pratique assigné à la preuve exige sa règle-

« Telle est en effet la vertu propre de la loi de ne rien laisser à l'arbitraire, et de faire encore sentir au juge le frein de la règle alors même qu'elle lui abandonne en certains cas un pouvoir d'appréciation souverain et discrétionnaire. » Dans le même sens, voir Beudant, *Cours de droit civil français*. Paris, 1906. *Les Contrats et les Obligations*, p. 586, n° 946.

1. Ce principe est énoncé par Omar Ebn Khattab, deuxième Kkalif de l'Islam dans une lettre adressée à Abi Moussa El Achari : « Considère que le demandeur a un droit absent, qu'il apporte la preuve dans un délai déterminé. S'il apporte tu prendras pour lui son droit, autrement tu le débouteras... » El Sarakhssi, mort en l'année 438 de l'hégire, t. XVII, p. 28. Le Caire, Ahmad Abou el Fath dans son livre *Al Mokhtarat-al-Fathieh*. Le Caire, 1922, p. 51, note 2. Ebn el Kayem Al Gauzieh dans son livre *Elam al Mowakkein*, t. I, p. 130. Al Kassani dans son livre *Badayeh al Sana'yeh*, t. VII, p. 11. — Tel est d'ailleurs le sens du brocard : « actori non probanti reus absolvitur ». R. Japiot, *Procédure civile et commerciale*. Paris, 1916, n° 712.

2. Comme le remarque d'Aguesseau : « La plupart des vérités qui sont la matière des questions de fait ne sont pas des vérités naturelles et immuables, mais des vérités arbitraires, dépendant de l'inconstance de la volonté des hommes ; et comme elles sont incertaines par leur nature, les preuves sur lesquelles elles sont fondées ne peuvent jamais avoir ce caractère de fermeté et d'évidence, capable de produire une conviction entière et de former une démonstration parfaite. »

mentation (1). C'est au législateur à doser la part à faire aux intérêts en présence : celui d'exiger la preuve et celui de terminer le procès.

1. C'est par là que la preuve judiciaire se distingue de la preuve en général, de la preuve dans les sciences notamment.

Avant de déterminer cette opposition, il importe de préciser les divers sens du mot preuve (voir Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. XII, 5^e édit.).

— La preuve, c'est l'action de prouver (en matière judiciaire, c'est dans ce sens que l'on parle de la charge de la preuve (Aubry et Rau, *op. cit.*, p. 63).

— C'est aussi l'élément de conviction (voir, en matière judiciaire, la preuve préconstituée, l'écrit, l'acte authentique); la pièce à conviction, c'est encore, dans ce sens, une preuve; on oppose ici la preuve simple et la preuve légale (Bonnier, *Traité des preuves*, 5^e édit., p. 16, n^o 27) en général, et dans les sciences, une preuve c'est un motif raisonnable d'affirmer ou de nier quelque chose (Gabriel, *Essai sur les preuves*. Toulouse, 1824, nouvelle édit. revue par Solon, p. 6).

— C'est enfin le résultat de l'opération, l'évidence.

Il est clair que les deux derniers sens du mot « preuve » ne sont qu'une analyse du premier. Dans l'action de prouver, il y a la production d'éléments de conviction, pour parvenir à l'évidence.

Cela étant, il y a plusieurs espèces de preuves. Il y a la preuve dans les sciences, en mathématiques, en histoire, dans les sciences juridiques, et il y a la preuve dans les relations sociales, dans la pratique et notamment la preuve dans les relations juridiques, la preuve judiciaire en particulier.

La preuve judiciaire est en opposition avec la preuve scientifique, d'abord quant au but poursuivi. Les sciences ne parviennent jamais qu'à une certitude provisoire, et se réservent toujours la possibilité de ne pas conclure ou de reviser. Le juge « ne peut se dérober à l'obligation de statuer, de statuer parfois dans un sens que lui imposent des procédés de preuve dont la loi a fixé *a priori* le degré de certitude ». Sa décision

Cela étant, on constate dans le droit positif divers systèmes de preuves. Chaque système s'est élaboré au hasard des circonstances sociales, variables suivant les temps et les lieux, au hasard des influences religieuses, du degré de confiance dans les relations privées, du mode d'organisation de la justice, etc. (1).

quelle qu'elle soit est mise à l'abri de toute critique ultérieure dans la mesure où l'autorité de la chose jugée s'y oppose (M. Bartin, note 2 *bis*, sous Aubry et Rau, *op. cit.*, t. XII, p. 63). Le savant est en présence d'un problème scientifique; il sait qu'il ne parviendra jamais à la vérité absolue. Le juge est en présence d'un conflit social, il doit agir; on ne concevrait pas qu'il prît l'attitude du savant.

D'autre part, tout le monde a la liberté de rechercher par tous les moyens la vérité scientifique. La preuve d'un fait litigieux est au contraire, en principe, l'affaire exclusive des partis dans un procès « quant à la détermination de l'objet et de l'étendue de la preuve, quant au choix des moyens et des procédés de preuve à employer » (M. Bartin, *loc. cit.*). La vérité que l'on poursuit en matière judiciaire est une vérité d'intérêt individuel, alors que la vérité scientifique est d'intérêt universel. Nous touchons ici au principe du respect de la personnalité individuelle; quelles que soient les tendances plus ou moins sociales ou individualistes du droit, ce principe demeure toujours à la base des législations modernes. En matière pénale ce principe joue un rôle particulièrement important, si ce n'est pas dans le même sens qu'en matière civile, il n'en conduit pas moins à faire de la preuve dans l'instruction criminelle quelque chose de très différent de la preuve scientifique. Sur les différences de la preuve en matière pénale et en matière civile (voir Bonnier, *op. cit.*, p. 78) pour le droit français. Pour le droit anglo-saxon (Wigmore, *A Treatise on the system of evidence in the trials at common law*, 2^e édit. Boston, 1923, T. 1. Introduction, chap. 1^{er}, § 4, p. 21 et s.). Nous avons écarté de notre sujet tout ce qui touche au droit criminel.

I. Comme l'a dit Merlin, « Tout dépend en cette matière de

Mais il n'empêche qu'en présence du même problème fondamental toutes les législations arrivées à un certain état de civilisation doivent avoir un fonds commun (1), les divergences ne portent que sur des détails. Nous croyons qu'il n'est plus permis de s'en remettre au hasard des circonstances : le rôle du comparatiste est d'apporter une synthèse directive, ainsi que nous l'avons annoncé dans notre préambule.

La première question qui se pose est celle de savoir où la théorie de la preuve a sa place dans le *corpus juris*. La preuve rentre-t-elle dans le droit « substantif » ou dans le droit « adjectif » suivant la distinction dégagée par Bentham (2). En d'autres termes, appartient-elle aux lois relatives au fond du droit ou aux lois de la procédure ?

La deuxième question est celle de savoir qu'est-ce que c'est que la preuve, quelle est sa conception, quelle est sa définition ?

L'opinion que chaque législateur a eu de ses sujets, et, par conséquent, les lois relatives à la forme probante des actes sont fondées sur des formes purement locales et particulières à chaque territoire ». Répertoire, v^o *Preuve*, sect. 2, p. 3.

1. C'est la conclusion à laquelle arrive M. Le Gentil, après avoir étudié dans son *Essai historique* le système des preuves dans les législations juive, égyptienne, indienne, grecque et romaine : « Mais malgré ces dissemblances, malgré même, ajouterons-nous, les plus graves erreurs et les plus choquants contrastes, qu'en vain on chercherait à dissimuler, ce qui nous a surtout affecté a été cette harmonie résultant dans l'ensemble de la similitude pour la forme et de l'unité pour le fond du système judiciaire. »

2. Bentham, *Traité des preuves judiciaires*. Paris, 1823, p. 3.

Est-ce vraiment la démonstration de l'existence d'un fait, ou bien la production de certains éléments légaux qui déclanchent obligatoirement la conviction et la décision du juge ?

Tout système de preuve est entièrement dominé par la réponse qui est à fournir à ces deux questions préalables ; elles en forment l'introduction.

Nous consacrons le chapitre premier de notre introduction à l'étude de la place de la matière des preuves dans le *corpus juris* contemporain. Nous chercherons à déterminer la place normale et logique qu'elle doit occuper.

La conception de la preuve dans les diverses législations et la directive idéale vers laquelle les législations des pays civilisés doivent tendre, formeront l'objet du deuxième chapitre de notre introduction.

CHAPITRE PREMIER

LA PLACE DE LA MATIÈRE DES PREUVES DANS LE « CORPUS JURIS » CONTEMPORAIN

Le droit privé n'a pas toujours été divisé d'après le même plan.

Nous n'avons pas à entrer dans l'étude détaillée de cette question ; qu'il nous suffise de signaler que le droit positif a connu, outre le système du droit musulman (1), deux grands systèmes principaux : le système romain, le système moderne.

Le système romain qui a encore des partisans dans la doctrine, consistait à distinguer le droit des personnes, le droit du patrimoine et le droit des actions et de la procédure (2).

Cette division tripartite n'a pas été conservée par le droit moderne. Dans les principales législations contemporaines, le *corpus juris* comprend généralement deux sortes de textes : ceux qui sont relatifs au fond du droit, le Code civil, le Code commercial, ceux qui sont relatifs à la mise en œuvre du droit, le Code de procédure.

1. Nous verrons plus loin la classification adoptée dans le droit musulman.

2. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, 1911, p. 8.

Cela étant, où la théorie des preuves a-t-elle sa place dans le *corpus juris* ainsi divisé ?

Nous distinguons à cet égard trois systèmes législatifs dans le droit positif contemporain :

1° Le système qui consiste à disperser les règles de la preuve en matière civile et commerciale dans les différentes parties de la loi.

C'est le cas des législations française, italienne, etc.

2° Le système dans lequel la matière de la preuve forme un corps autonome, comprenant les règles applicables en matière civile aussi bien qu'en matière pénale.

C'est le cas de la législation anglo-Américaine.

3° Le système qui consiste à placer les règles de la preuve en matière civile et commerciale dans les lois relatives à la procédure exclusivement.

C'est le cas de la législation allemande et du droit musulman.

En Egypte, à raison de la coexistence de plusieurs législations, plusieurs systèmes de preuve sont en application.

§ 1. — Système français

Les règles de la preuve sont placées en partie dans le corps des lois relatives au fond du droit, en partie dans les lois de procédure.

Le droit privé français est matériellement divisé en trois tronçons : le droit civil (Code civil), le droit commercial (Code de commerce), la procédure (Code de procédure).

En réalité, le droit commercial n'est pas autre chose qu'un droit civil de faveur à l'usage des commerçants. Le droit civil et le droit commercial portent sur la même matière, sur le fond du droit (1). Au contraire, la procédure règle une matière différente, la manière de faire valoir et de défendre les lois en justice (2). Le droit privé français se divise donc en deux branches : les lois du fond du droit et les lois de procédure.

Une partie de la théorie des preuves se trouve placée dans les lois du fond du droit :

1° Code civil : dans le titre des contrats art. 1315 à 1369 ;

2° Dans la loi du 23 mars 1855, incorporée dans le Code civil, relative à la « transcription en matière hypothécaire ».

3° Dans le Code de commerce, articles 12 à 17 (titre 2°, des livres de commerce) et article 109 (titre 7°, des achats et ventes).

L'autre partie, dans le Code de procédure civile et commerciale, articles 41 à 43 (titre 8°, des visites des lieux) et articles 193 à 336 (titre 10°, de la vérification des écritures ; 11°, du faux incident civil ; 12°, des enquêtes ; 13°, des descentes sur les lieux ; 14°, des rapports d'experts ; 15°, des Interrogatoires sur faits et articles).

1. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*. Paris, 1917, p. 10. *Cours de droit civil comparé* de M. le professeur Lévy-Ullmann, Paris, 1923.

2. Planiol, *op. cit.*, p. 10.

Cette répartition, qui est discutée dans la doctrine contemporaine, s'explique par la manière dont s'est formé le *corpus juris* français du droit privé. Avant d'examiner les controverses doctrinales, il importe donc de reconstituer l'évolution historique du problème de la place de la preuve en droit privé français. Cette évolution se divise en deux étapes :

- 1° Période de formation jusqu'au *xviii*^e siècle ;
- 2° Du *xviii*^e siècle aux Codes de 1804, 1810 qui constituent le *corpus juris* contemporain.

SECTION I

*Première période, jusqu'au *xviii*^e siècle*

Ce n'est vraiment qu'à partir du *xii*^e siècle que le droit français commence à se former. C'est, en effet, à cette époque que le droit romain renaît de l'oubli et refoule ou transforme la coutume qui déterminait seule antérieurement tout le droit (1). Dans le cours du *xii*^e siècle seulement, le pouvoir législatif royal entre en activité. Désormais le droit privé français s'élabore par le moyen de deux procédés fondamentaux ; d'une part, la rédaction des coutumes ; d'autre part, les ordonnances royales (2).

1. Esmein, *Cours élémentaire de l'histoire du droit français*. Paris, 1912, p. 780.

2. Viollet, *Histoire du droit civil français*. Paris, 1905, p. 145 ; Esmein, *op. cit.*, 780.

Or il se trouve que la procédure est peu à peu l'objet préféré des ordonnances, tandis que le fond du droit est plutôt l'objet des rédactions des coutumes.

Ceci s'explique par ce fait que les rois de France voulant maintenir la féodalité et arrêter les empiétements de la Cour de Rome, portèrent en droit privé tous leurs efforts sur l'organisation d'une justice royale qui eût la suprématie sur toute autre justice. C'est pourquoi la procédure devint la matière juridique principale des ordonnances. « La procédure féodale opposait une remarquable force de résistance ; on ne pouvait l'arracher que par morceaux. »

« Ce sont les ordonnances de saint Louis qui ont commencé cette révolution de plusieurs siècles. » Parmi les ordonnances qui se succèdent jusqu'à la Révolution, celles qui ont trait à la procédure sont les plus nombreuses et les plus importantes : les ordonnances de saint Louis (1260), de Philippe le Long (1316-1317, pour le Châtelet de Paris), trois en 1320, sur la procédure du Parlement. Viennent ensuite des ordonnances plus générales embrassant l'ensemble de la procédure : 1453, Montil-les-Tours ; 1539, Villers-Cotterets ; 1566, la fameuse ordonnance de Moulins ; 1579, Blois. Enfin l'ordonnance de 1667, sous Louis XIV qui dit le dernier mot et dote la France d'une procédure définitive uniforme (1).

1. Garsonnet, *Traité de procédure*. Paris, 1898, t. II, p. 235.

Au contraire, jusqu'à la Révolution, le fond du droit reste hérissé de difficultés, parce qu'aucun effort législatif suffisant n'avait été fait pour unifier sur ce point les coutumes. Les dernières sont l'objet de rédactions officielles à partir du xv^e siècle et principalement sous Charles VII; mais la royauté, animée par le souci de respecter sur ce point l'autonomie de ses sujets, ne poursuit jamais à fond une œuvre d'unification analogue à celle qui aboutit en matière de procédure à l'ordonnance de 1667.

Il naquit de ce fait, dès le xv^e siècle, une opposition marquée entre le fond du droit et la procédure. « C'est au xv^e siècle que le droit pur, le droit proprement dit, se dégage de plus en plus, dans les textes, de l'exposé des moyens propres à le mettre en œuvre... La procédure avait jusque-là dans les provinces enveloppé le plus souvent dans son réseau, le droit proprement dit. L'histoire des sources nous fait toucher ici du doigt une phase importante dans le développement de l'esprit juridique qui, sur des points très divers du territoire, manifeste une puissance d'abstraction plus accusée, en d'autres termes, conçoit le droit proprement dit en dehors de la procédure » (1). Cette opposition est particulièrement accusée par ce fait que la procédure arrive à être uniforme dans le royaume, tandis que le fond du droit varie beaucoup avec chaque province; il est principalement diversifié par la division de la France

1. Viollet, *op. cit.*, p. 158.

en pays de droit écrit, et en pays de droit coutumier (1).

Dans la littérature juridique, les premiers traités proprement dits de procédure, apparaissent à cette époque. En matière de droit privé, on peut très bien distinguer un double courant de doctrines : d'un côté les commentateurs des coutumes ou du droit romain restauré, de l'autre, les auteurs d'ouvrages sur la procédure. Ainsi, jusqu'au xvii^e siècle, appartiennent à la première catégorie : le *Livre de Justice et de Plet*, Beaumanoir (qui ne distingue pas d'ailleurs dans son œuvre le fond du droit de la procédure), surtout Dumoulin, le plus célèbre qui fit notamment le *Commentaire de la coutume de Paris*, Gui Coquille (*Coutume du Nivernais*) et Loisel (*Les Institutes coutumières*), etc. Dans la procédure, les auteurs les plus connus sont à l'origine Du Breuil, puis Jean Masuer avant l'ordonnance de 1667.

Or la théorie des preuves se trouve réglementée à la fois dans les deux branches du droit et étudiée dans les deux groupes d'auteurs.

Dans les ordonnances royales relatives à la procédure, la théorie des preuves tient une place des plus importantes. En 1260, saint Louis fonde sa réforme judiciaire sur l'interdiction du combat judiciaire, le mode de preuve par excellence de l'époque féodale. Il le remplace par la procédure d'enquête (2). Cette

1. Glasson, *les Sources de procédure civile française*. Paris, 1882, p. 31.

2. Glasson, *op.cit.*, p. 37.

mesure de saint Louis fit une véritable révolution dans le système des preuves (1). Nous voyons ainsi que c'est par la réforme de la preuve que les rois de France commencèrent l'organisation de la procédure royale. C'est encore par là qu'ils poursuivirent parfois cette œuvre : ainsi la célèbre ordonnance de Moulins de 1566, dans le but de diminuer les procès, pose la fameuse règle de l'interdiction de la preuve par témoins pour toutes choses excédant la somme ou valeur de 100 livres. « Pour obvier, dit cette ordonnance, à la multiplicité des faits que l'on a vu ci-devant être mis en avant en jugement, sujets à preuve de témoins et reproches d'iceux, dont adviennent plusieurs inconvénients et involutions de procès... (2) » Dans l'ordonnance de 1667, il y a toute la théorie des preuves, jusques et y compris la règle posée par l'ordonnance de 1566. Dans le *Style de Du Breuil*, le plus long chapitre est consacré à la procédure d'enquête.

D'autre part la théorie des preuves appartenait aussi tout au moins en partie à la coutume :

Bien entendu, avant que les rois ne l'en aient fait sortir pour en faire l'objet de leurs ordonnances à l'occasion de la réforme de la procédure, c'est dans les coutumes que nous trouvons cette théorie ; ainsi le *Livre de Josice et de Plet* contient à propos de la preuve par écrit cette théorie remarquable que le

1. Glasson, *op. cit.*, p. 28.

2. H. Capitant, son article. : *Etude critique des restrictions apportées par l'article 1341 du Code civil*, etc. dans le *Bulletin de la Société d'études législatives*, année 1918, p. 192.

contrat ne se forme que par la rédaction d'un écrit, de sorte que s'il n'a pas été exécuté, tout au moins, il est inutile, à défaut d'écrit, de tenter d'en faire la preuve par témoins (1). Beaumanoir traite des preuves, d'abord à l'occasion des contrats, puis à la suite de son étude des contrats. Après le développement des ordonnances royales, en matière de procédure, la preuve ne cesse pas d'être réglée en partie par les coutumes, ainsi la preuve de la possession immémoriale (2). Les commentateurs des coutumes, Du Moulins, Gui Coquille, Loisel, recueillent ce résidu de la théorie des preuves qui n'est pas sorti de la coutume, alors que la procédure s'en est entièrement dégagée.

La théorie des preuves se trouve ainsi répartie entre le droit du fond et le droit de la procédure par l'effet des circonstances historiques et non pas sous l'influence de quelque idée préconçue.

Quand le *corpus juris* du droit privé français a achevé de se constituer et qu'il est devenu l'objet d'une systématisation logique, le problème de la place de la preuve n'a pu manquer de se poser aux auteurs de cette systématisation, comment l'ont-ils donc résolu ?

1. Glasson, *op. cit.*, p. 58.

2. Bonnier, *Traité des preuves judiciaires*. Paris, 1888, p. 223.

SECTION II

*Deuxième période, du XVII^e siècle
aux Codes de 1804-1810*

C'est du règne de Louis XIV que datent les premières tentatives sérieuses de réaliser l'uniformité et l'élaboration rationnelle du droit privé. Pour la procédure, ce fut facile, il n'y eut qu'à codifier et compléter les anciennes ordonnances : tel fut l'objet de l'ordonnance de 1667. Pour le fond du droit, l'œuvre ne fut réalisée qu'en partie, pour le droit commercial, par l'ordonnance de 1673. Pour le reste, on n'y parvint qu'en 1804. En attendant Pothier expose dans divers traités, sous forme de monographies, toutes les matières du fond du droit privé. Or Pothier, dans son ouvrage sur les obligations traite de la théorie des preuves. Pourquoi place-t-il ici cette question ? il ne nous le dit pas. Pour être renseigné sur la solution que l'on entendait donner à cette époque au problème de la place de la preuve, il faut se reporter aux auteurs qui s'élèvent jusqu'à une tentative de codification générale du droit privé. Domat, dans son traité sur *Les lois civiles dans leur ordre naturel* a élaboré dans son ensemble tout le problème de l'édification du *corpus juris* ; quand il s'agit de trancher la question de savoir si la théorie des preuves doit être placée dans les lois du fond du droit, ou dans les lois de la

procédure, il adopte la solution que voici au livre III, titre VI de son ouvrage : intitulé *Des preuves et présomptions du serment* : « On ne comprendra pas dans ces règles (les règles générales en matière de preuves), celles qui ne regardent que les procédures qui se font en justice, dans la matière des preuves, telles que les formalités qu'il faut observer pour la vérification des écritures privées, pour ouïr les témoins... prendre leur serment... Car toutes ces choses étant dans l'ordre judiciaire, ne sont pas de ce lieu et sont réglées par les ordonnances, la plupart autrement qu'elles ne l'étaient dans le droit romain. Et on n'expliquera ici que les règles essentielles qui regardent la nature et l'usage des diverses sortes de preuves et présomptions. » Le but de Domat est en effet d'exposer ce qu'il appelle « les lois civiles ». Ces lois civiles s'opposent à ce qu'il appelle le droit public, dans lequel il fait rentrer la procédure. Les matières du droit public sont celles qui regardent (notamment) l'administration de la justice... Les matières du droit privé sont les engagements entre particuliers. Or la preuve, dans ses principes fondamentaux, constitue « une suite qui affermit les engagements ». Ce qui dans la preuve rentre ainsi dans la matière des engagements c'est dans l'œuvre même de Domat : la charge de la preuve, l'admissibilité de la preuve, la valeur des moyens de preuve, les présomptions.

Les errements de Pothier et de Domat ont été scrupuleusement reproduits par les rédacteurs des codes. Dans le Code civil on peut relever l'imitation

très caractérisée de Pothier, dans ce fait que la théorie des preuves est placée exactement au titre « des Obligations ».

La doctrine contemporaine, en France, est partagée.

La plupart des auteurs de procédure critiquent les errements du Code civil.

L'intitulé du chapitre « De la preuve des obligations et de celles du paiement » est de nature à induire en erreur à un double point de vue : en premier lieu, il semble indiquer qu'en ce qui regarde les modes d'extinction des obligations, il s'agit seulement de la preuve du paiement proprement dit, alors qu'il s'agit en réalité de la preuve de tous les modes d'extinction, tels que la novation, la remise de dette, la compensation. C'est ce qui résulte du texte même de l'article 1315 (arg. de ces mots « le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation »). Les auteurs du Code civil, qui se sont inspirés ici du *Traité des obligations* de Pothier, ont maladroitement modifié l'intitulé de la partie de son ouvrage consacrée à cette matière : *De la preuve tant des obligations que de leurs paiements*. Le mot paiements, employé au pluriel, indique d'une manière évidente que le jurisconsulte d'Orléans entendait parler des modes de libération, en général. En un mot, Pothier donne ici à l'expression paiement le sens large qu'avait en droit romain le mot « solution ».

En second lieu la plupart des règles que nous allons étudier s'appliquent non seulement à la preuve des faits qui engendrent, modifient ou éteignent des

obligations, mais encore à celle des faits qui engendrent modifient ou éteignent des droits réels. Elles sont, en effet, générales de leur nature, et, si l'on repoussait cette extension, on se trouverait sans aucune règle légale pour la preuve en matière de droits réels (1).

Abstraction faite de ce lapsus des rédacteurs du Code civil, la doctrine française, qui est unanime à reconnaître qu'il y a dans les lois de preuve des règles de fond et des règles de forme, n'en déduit pas toujours nécessairement une répartition de la théorie dans le Code civil et commercial et dans le Code de procédure.

Les commentateurs du Code civil, en général, justifient le droit positif ; les commentateurs du Code de procédure, le critiquent ; le principal auteur français (Bonnier), qui ait écrit un traité spécial sur la preuve, partage l'avis des seconds.

A) Planiol (2), défend la solution consacrée dans les codes français par les arguments suivants :

1° La preuve n'est pas nécessaire seulement en cas de litige porté devant les tribunaux. Par exemple, la preuve de l'état civil est exigée en maintes circonstances non contentieuses ;

2° Il y a les preuves préconstituées ; évidemment leur réglementation n'est pas directement liée à la marche du procès ;

3° Enfin, l'interdiction d'utiliser tel procédé pour la

1. Baudry-Lacantinerie et Barde, *Traité de droit civil. Des obligations*, t. III. Paris, 1908, p. 474.

2. *Op. cit.*, t. II, p. 1.

preuve de tel ou tel droit, s'inspire non pas tant de la bonne administration de la justice que de la nature du droit lui-même et constitue par là même une règle de fond.

Beudant (1) : « La matière de la preuve n'appartient que pour une partie au droit civil, au Code civil ; elle appartient pour l'autre à la procédure, au Code de procédure. Les deux codes s'occupent des preuves, mais en se plaçant à des points de vue différents. »

Baudry-Lacantinerie (2) : « La matière des preuves rentre à la fois dans la procédure et dans le droit civil proprement dit. Les règles qui déterminent dans quelles formes les preuves doivent être administrées appartiennent à la procédure. Mais, à certains égards, notre sujet se rattache au droit civil. D'abord le point de savoir quel est le mode de preuve autorisé dans un cas déterminé dépend de la nature même de l'acte, et, par conséquent, c'est une question de fond, en d'autres termes, une question réglée par le droit civil. D'ailleurs, les preuves sont, très souvent, fournies alors qu'il n'y a point litige, et, fournies par suite, en dehors de toute procédure. Enfin certaines preuves, appelées pour cela preuves préconstituées, sont préparées d'avance pour le cas où elles deviendraient utiles. C'est le droit civil qui règle-mente leur confection et qui détermine leur force. »

Dans le tome II de leur *Cours élémentaire de*

1. *Cours de droit civil français*. Paris, 1906, p. 582 (*Les contrats et les obligations*).

2. *Op. cit. Des obligations*, t. III, p. 420.

droit civil français, MM. Collin et Capitant écrivent (1) : « Nous n'avons pas à revenir sur les raisons qui ont déterminé le législateur à faire rentrer l'étude des preuves dans le Code civil, alors que sa place serait en bonne méthode dans le Code de procédure. » Mais dans le tome I, nos auteurs semblent bien, en définitive, se rallier aux arguments de Planiol.

B. Glasson (2) et Garsonnet (3) de même que Bonnier (4), sans s'arrêter, comme les auteurs précédents, à ce fait que la théorie des preuves contient des règles de fond, soutiennent qu'elle appartient néanmoins normalement à la procédure.

Glasson dit ceci : « Les rédacteurs du Code civil ont exposé la théorie générale des preuves à l'occasion des obligations ; ils ne lui ont consacré ailleurs que des dispositions de détail. Quant aux mesures d'instruction destinées à administrer les preuves, elles sont traitées au Code de procédure ; il existe donc sous ce rapport des liens intimes entre ces deux codes. Le mieux aurait été de comprendre toute la théorie des preuves dans le Code de procédure ; c'est ce qu'on avait fait dans l'ordonnance de 1667. »

Garsonnet, pour qui la procédure « est l'ensemble des formes que les citoyens doivent suivre pour obtenir la justice et les tribunaux pour la rendre »,

1. Page 197. Paris, 1921.

2. *Op. cit.* Paris, 1908, p. 748.

3. *Op. cit.*, t. II, p. 160, voir la note 11.

4. *Op. cit.*, p. 4.

en déduit qu'elle doit contenir « l'organisation judiciaire, la théorie des actions et de la compétence, celle des preuves, et la procédure proprement dite » : « La matière des preuves touche de si près à la procédure que le législateur, qui l'avait traitée, au point de vue du droit civil et du droit commercial, aux articles 1315 et suivants du Code civil, n'a pu éviter d'y revenir aux articles 193 à 336 du Code de procédure... Les meilleurs auteurs reconnaissent que la théorie des preuves appartient au droit pratique... Cette matière reprend sa vraie place dans les lois criminelles : il n'en est pas question au Code pénal, et le Code d'instruction criminelle la contient tout entière. »

Bonnier fait remarquer que le droit contient deux éléments bien distincts, les principes de fond, en vertu desquels sont déterminées quelles sont les conséquences légales de tel ou tel fait, et les moyens d'application qui sont l'organisation judiciaire, les formes de la procédure, les procédés qui servent à vérifier l'existence des faits. Bonnier s'appuie sur l'autorité de Bentham et sa distinction des lois substantives et des lois adjectives. On peut lui reprocher le caractère vague de cette distinction. Plus juste est le motif qu'il tire de ce fait que la preuve n'est que la mise en œuvre du droit. Comme Glasson et Garsonnet, il invoque ainsi la pure logique qui ordonne de grouper en un seul corps tous les moyens d'application.

En résumé, les arguments des défenseurs du système positif français se ramènent à trois :

1° Il y a dans les lois de preuve des règles de fond et des règles de forme ;

2° La question de la preuve peut se poser en dehors de tout procès, donc en dehors de la procédure ;

3° La preuve préconstituée doit être réglementée par le Code civil.

On peut répondre à ces trois arguments de la manière suivante :

1° Peu importe que la théorie des preuves contienne des règles de fond, la procédure en contient aussi : par exemple, la récusation des juges ;

2° Même en dehors de tout procès, la question de preuve reste une question de procédure, c'est bien toujours d'une procédure qu'il s'agit, elle a simplement ce caractère d'être extrajudiciaire ;

3° Le troisième argument n'est qu'une pétition de principe.

La preuve est un moyen d'application qui appartient logiquement aux normes de la procédure ; le système français ne peut donc pas être justifié au point de vue de la logique qui doit dominer la place des différentes théories dans le *corpus juris*.

* * *

Le système français, malgré ses défauts, a néanmoins été fidèlement imité dans un certain nombre de législations, notamment en Italie et, comme nous le verrons, en Egypte, pour partie de sa législation (statut réel).

La théorie de la preuve se trouve répartie dans les codes italiens de la manière suivante :

- a) Code civil : article 1313 et suivants.
- b) Code de procédure civile : article 206 et suivants.
- c) Code de commerce, article 44 et suivants.

L'origine de ce système est bien simple, c'est l'imitation du droit positif français ; la codification italienne est aussi récente que le royaume lui-même ; elle date de 1865.

Dans la doctrine, Lessona (1), qui est la principale autorité en matière de preuve, se contente de dire : « Nous ne répéterons pas les critiques que l'on a faites à la division dans la loi positive des règles de preuves entre les codes du fond du droit et celui de la procédure. »

Cette position prise par Lessona relativement au problème de la place est parfaitement justifiée par sa conception de la preuve. Selon lui, elle ne se classe pas exactement dans la procédure simplement parce qu'elle est une forme ; nous avons vu que ce n'était pas là un motif suffisant puisque ce n'est pas par la distinction de la forme et du fond que les règles se répartissent entre le Code civil et le Code de procédure. La preuve, tant par ses principes fondamentaux que par ses formes d'application, n'est que le procédé de démonstration éventuelle de l'existence du droit en contestation. Logiquement, elle doit rentrer dans le corps des lois qui visent à

1. *Trattato della prove in materia civile*. Florence, 1914, V, 1, p. 8, note 3.

procurer la mise en œuvre du droit ; les droits positifs italien et français tombent sous le coup des mêmes critiques, pour avoir adopté le même système de morcellement illogique des lois de la preuve.

§ 2. — Système anglo-américain

La loi des preuves a dans le *corpus juris* une place à part à côté de la loi relative au fond du droit et de celle relative à la procédure. Seul le droit anglo-américain, d'après les dernières analyses scientifiques, pratique ce système.

Bien qu'il ne soit pas codifié, le *corpus juris* des pays anglo-américains présente la division classique en lois du fond du droit, et en lois de procédure. Cette division est la base même des grands exposés doctrinaux. Voici, par exemple, le plan adopté pour le droit privé par un des principaux jurisconsultes anglais Thomas Erskine Holland, dans son livre *The elements of jurisprudence* : « La loi privée est ou bien substantive, définissant les droits, ou bien adjective, pourvoyant à la protection des droits (*adjective law, or procedure*) » (1).

Q'est-ce que la loi adjective ? La loi adjective, qui

1. Holland, *op. cit.*, p. 8, 10^e édition, Oxford, 1908.
Compar. Bentham, *Traité des preuves judiciaires*. Paris, 1823, p. 2.

est mieux connue, comme le dit Holland, sous le nom de procédure, se définit, d'après ce dernier comme suit : « C'est celle qui détermine les démarches qui doivent être faites pour mettre régulièrement en mouvement la machine judiciaire, au profit du demandeur ou du défendeur » (1). La loi adjectivique règle : 1° la juridiction, 2° la cour compétente, 3° l'action. L'action se déroule ainsi : *a*) La citation, *b*) l'instruction de la cause (*pleating*), *c*) l'audience (*trial*), dans laquelle chacune des parties cherche à établir à la satisfaction du juge le bien fondé de sa prétention, qu'elle soit une question de droit ou une question de fait. S'il s'agit d'une question de droit, en citant les autorités, s'il s'agit d'une question de fait, en apportant des preuves ; [la *law of evidence*, la réglementation de la preuve, dit Holland, est plus nécessaire lorsque les questions sont examinées par un jury que lorsqu'elles sont tranchées par un juge professionnel]. Enfin il y a 4° le jugement, 5° l'exécution.

Dans cet exposé, la théorie de la preuve est placée dans la procédure. Une analyse plus approfondie et plus technique de la question a conduit à cette conclusion, ainsi que nous l'avons énoncé, que la théorie des preuves a une place à part, ne doit être confondue ni avec la procédure, ni avec le fond du droit.

Pour démontrer l'exactitude de cette thèse, nous allons retracer les diverses étapes que le problème

1. Holland, *op. cit.*, p. 349.

de la place de la preuve a parcourues au cours de l'histoire de la législation anglo-américaine. On peut les ramener à quatre qui sont les suivantes :

- 1° Du VIII^e au XII^e siècle,
- 2° Du XII^e siècle à la fin du XVIII^e (commencement du XIX^e siècle).
- 3° Du XIX^e à l'époque contemporaine.
- 4° L'époque contemporaine.

SECTION I

Première étape, du VIII^e au XII^e siècle

Des origines (VIII^e siècle) au XIII^e siècle, la théorie des preuves n'a pas de place, parce qu'il n'est pas fait usage en justice de preuve proprement dite. On recourt à l'ordalie ou au jugement de Dieu, etc. Or ces procédés constituent des rites, des cérémonies; ce ne sont pas des moyens de démonstration de l'exactitude d'un fait. Le rôle du tribunal n'est pas de se faire une opinion, mais de vérifier l'accomplissement de certaines formalités que les Anglo-Saxons de l'époque, tout comme les Français d'alors, confondent avec le fond du droit (1).

En matière civile, il y a bien quelques traces de l'emploi des moyens modernes de preuve, la preuve par témoin ou par écrit; il existe notamment la

1. Glasson, *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. I. Paris, 1882, chap. VI. *La Procédure*.

preuve par le jury ; on est assez éclairé sur ce point. Tout compte fait, on ne peut pas dire que le problème de la place de la preuve se pose.

SECTION II

Deuxième étape, du XII^e à la fin du XVIII^e siècle (commencement du XIX^e siècle)

La théorie des preuves prend progressivement une place indépendante, sous l'influence successivement des causes que voici :

A) Au XII^e siècle, le développement du jury provoque l'apparition des éléments fondamentaux de la moderne théorie des preuves (1).

Pour le jury, en effet, il ne s'agit pas de vérifier les formalités dont les détails de réglementation échappent à sa compétence, il s'agit d'être persuadé. Fatalement, apparaissent les moyens de preuve proprement dits : par témoins, par écrit, etc. Le témoignage est le mode de preuve par excellence.

B) Au XV^e siècle, en Angleterre, le développement de la procédure par le jury, empêche le développement de la procédure canonique (nous verrons plus en détail dans notre chapitre II les étapes de ce développement du jury). Devant le jury, c'est le principe du libre examen de la valeur des preuves par les jurés.

1. Wigmore, *op. cit.*, t. I, p. 108.

Devant la procédure canonique, règne le principe de l'évaluation quantitative réglée à l'avance par la loi.

C'est pourquoi en Angleterre, à propos du jury, on se préoccupe d'opérer un triage préventif des preuves présentées aux jurés qui, n'étant pas des professionnels, sont sans méfiance. On s'inquiète de ne laisser arriver jusqu'à eux que des preuves dans lesquelles il soit possible d'avoir confiance ; alors dans l'ensemble de la théorie des preuves, c'est la question de l'admissibilité qui passe au premier plan. La *law of evidence* a dorénavant et définitivement pour fonction d'aider à la découverte de la vérité à l'audience, en sauvegardant le jury contre les fausses apparences de preuves par le moyen de règles d'exclusion basées sur une longue expérience de l'examen des faits par le jury (1). A la même époque, en Angleterre comme en France, le droit proprement dit est dorénavant distingué de la procédure.

La théorie des preuves qui a déjà conquis un certain développement quand apparaît la procédure en est, progressivement, de plus en plus séparée.

C) Du xv^e siècle au xvii^e siècle, la théorie des preuves : 1^o se complète d'abord par le moyen des règles relatives à la capacité des témoins, à l'obligation du témoignage en justice (pour écarter les témoins professionnels sujets à caution), au droit de contre-interrogation (*cross examination*) qui a pour but d'améliorer encore les témoignages en perfectionnant le

1. Wigmore, *op. cit.*, p. 120.

système de l'interrogation orale; toutes ces règles tendent au même but : ne présenter au jury que des preuves sérieuses.

2° En même temps les premiers traités apparaissent, et au même moment la théorie est l'objet d'une synthèse exceptionnelle dans le droit anglo-saxon; la question de l'admissibilité en est l'objet presque exclusif. Le principe de la « *best evidence* » clef de voûte du système anglo-saxon est alors proclamé.

3° Dans la pratique, à la fin du XVIII^e siècle, un événement important, la publication des décisions de *Nisi Prius* (ordonnance de renvoi devant le jury) permet l'unification de la jurisprudence dans les différents circuits (1), et la théorie se trouve alors définitivement constituée en un corps autonome dans le droit positif. Seulement la pratique a une tendance exagérée à la grossir de règles de droit du fond *substantive law*, qui devraient en être normalement distinguées.

SECTION III

Troisième étape, du XIX^e siècle à la période contemporaine

La théorie des preuves est incorporée dans la procédure.

Cette transformation est due à l'influence de Bentham. Ce dernier écrit en 1823 son *Traité des preuves judiciaires*. Dans cet ouvrage, Bentham se livre à une

I. Wigmore, *op. cit.*, p. III.

analyse critique approfondie de la théorie parvenue à une pleine maturité. Il découvre que la pratique a fait entrer dans la théorie des preuves une série de questions qui appartiennent à la *substantive law*. Il démontre que la pratique englobe le « *fact probandum* » et le « *fact probans* » dans la théorie des preuves. Or, le *fact probandum*, c'est-à-dire la question de savoir si le fait que l'on se propose de prouver mérite en réalité d'être prouvé en tant que base d'un droit, est une question de droit substantif. C'est la loi du fond du droit qui détermine si tel ou tel fait peut servir de fondement à un droit, être matière à un droit. Cette question n'a rien à voir avec la preuve, dit Bentham. (1) Le *fact probans*, c'est-à-dire la valeur probante d'un fait choisi comme preuve est au contraire une question de *law of evidence*. A cette occasion, notre auteur dresse un réquisitoire contre l'administration de la justice et propose des réformes en matière de procédure, au nombre desquelles il met au premier plan les réformes concernant la preuve, puisque pour lui l'art de la procédure n'est essentiellement que l'art d'administrer les preuves (2).

Grâce à l'influence de ses disciples et à la faveur du mouvement général de réforme provoqué en Angleterre par la Révolution française, Bentham a l'honneur de voir ses idées consacrées par le législateur, et, en 1852-1854, on procède à une réforme

1. Bentham, *Rationale of judicial evidence*, (Bowrings, vol. VII, p. 560).

2. Bentham, *op. cit.*, p. 3.

générale de la procédure, en même temps que des preuves.

SECTION IV

Quatrième étape, l'époque contemporaine

La théorie des preuves est de nouveau détachée, mais en partie seulement, de la *substantive law* et de la procédure.

La doctrine anglo-américaine a récemment procédé à une revision des conclusions de Bentham.

L'importance de la théorie des preuves s'est en effet considérablement accentuée surtout aux Etats-Unis sous l'influence des circonstances suivantes :

Aux Etats-Unis, on a éprouvé le besoin de soumettre à une critique rationnelle les règles de la « *law of evidence* » importées d'Angleterre.

D'autre part, les juges américains se préoccupent de maintenir leur suprématie sur le barreau.

Frappés par l'importance au cours de l'histoire du problème de l'admissibilité, lequel a provoqué à lui seul en somme tout le développement de la théorie, les auteurs américains, Wigmore en particulier, ont finalement rejeté de nouveau hors de la procédure de *law of evidence*. Revenant sur la distinction de Bentham, Wigmore distingue dans la preuve d'un fait, la question qui relève de la *substantive law*, celle même indiquée par Bentham : le fait est-il attributif du droit réclamé ? Pour lui, ce

qui relève de la procédure, c'est seulement la question de savoir si ce fait est « *issuable* », c'est-à-dire contesté, ou s'il est permis de le contester, soit parce qu'on est encore dans les délais soit qu'on ait les moyens de le contester ; au contraire la question de savoir si le fait est probant, s'il est en relation suffisante avec la proposition pour lui servir de preuve, relève d'une loi qui n'est ni substantive, ni de procédure, de la *law of evidence*.

Ainsi voilà la théorie de la preuve placée à part de la *substantive law* et de la procédure, à côté desquelles elle forme la *law of evidence*.

C'est sur sa fonction particulière, cause de son développement historique original, que s'appuie le retour de la nouvelle doctrine à la pratique ancienne. Cette *law of evidence* règle avant tout la question de l'admissibilité, c'est-à-dire, a pour but, comme nous l'avons dit, de sauvegarder le jury. La procédure, au contraire, par ses formalités minutieuses, constitue la sauvegarde du juge. La *law of evidence* vise à la bonne solution d'une question de fait, par des juges non professionnels. La *rule of pleading* vise à la bonne solution d'une question de droit, par des juges professionnels.

Tel est le fondement de la théorie récente des auteurs anglo-américains sur la place du système de la preuve dans le *corpus juris*.

Conclusion. — Cette théorie est séduisante (1).

L'idée s'en retrouve dans les auteurs français con-

1. Wigmore, *op. cit.*, p. 8.

temporains les plus éminents. « La théorie des preuves présentée sous sa forme générale est une des théories préliminaires que les étudiants devraient connaître avant d'aborder l'étude d'aucune matière spéciale » (1). Si l'on songe à l'importance de la preuve dans le droit, à ce fait que l'on n'a en justice que ce que l'on prouve, comment s'étonner de l'importance de la loi de la preuve dans le droit positif anglais et de la tendance à la mettre sur le même pied que la loi substantive et la loi de procédure. Une division très pratique du droit a été adoptée par un auteur français M. de la Grasserie qui distingue le droit déterminateur, le droit probateur et le droit sanctionnateur (2). Mais qui ne sent qu'il n'y a là que des vues de l'esprit? Les auteurs anglo-américains, et Wigmore en particulier n'en sont pas encore là, leur réalisme pratique les préserve de ces extrémités criticables. Seulement, comment concilient-ils leur division fondamentale en droit substantif et en droit adjectif, correspondant à notre distinction des Codes civil et commercial et du Code de procédure, avec leur thèse d'une *law of evidence* autonome. A la vérité, cette *law of evidence* est une loi de « protection du droit », elle rentre ainsi dans le bloc des lois adjectives ; elle devient un aspect de la procédure. Parce qu'elle est pour la sauvegarde

1. Planiol, *op. cit.*, 7^e édit., 1915, p. 134. Dans la dernière édition d'Aubry et Rau (*op. cit.*), la théorie des preuves forme une partie spéciale placée après l'étude du droit civil qu'elle domine toujours.

2. R. de la Grasserie, article sur « la Preuve testimoniale en droit comparé » dans la *Revue critique*, 1905.

des jurés il n'en reste pas moins que ses prescriptions s'adressent au juge professionnel, lequel est chargé d'opérer le triage préventif des preuves ; elle rentre donc dans le même ordre que les *rules of pleading* dont elle est le complément (1). A notre avis, la tendance nouvelle quelle que soit sa force, telle qu'elle est représentée par Wigmore, ne saurait aboutir à disloquer le *corpus juris* anglo-américain, tel qu'il est actuellement équilibré sur la double assise des lois de fond et des lois de procédure.

En définitive, en face du problème de la place de la loi des preuves, les auteurs anglo-américains éprouvent le même embarras que les auteurs français, parce que, dans les deux législations, cette loi anglo-saxonne et française des preuves a un caractère complexe, tenant à ce qu'elle se rattache, en certaines de ses parties, à la loi du fond du droit. Quelle que soit la diversité des systèmes adoptés sur la place, en France et dans les pays anglo-saxons, le fond reste le même ; ainsi demeure la possibilité d'une synthèse directive. L'étude du troisième système avec lequel nous achèverons de faire le tour des législations ne peut manquer de confirmer cette conclusion.

§ 3.— Systèmes allemand, suisse et musulman

La théorie des preuves est tout entière dans la procédure.

1. Phipson, *Law of evidence*. Londres, 1907, p. 1.

Il en est ainsi dans le *corpus juris* allemand, d'une part (auquel on doit rattacher le *corpus juris* suisse), et dans le *corpus juris* musulman d'autre part.

SECTION I

1^o *La place de la preuve dans le « corpus juris » allemand*

Le Code de procédure civile pour l'Empire d'Allemagne entré en vigueur le 30 janvier 1877 contient toute la théorie des preuves. Ce Code, divisé en 10 livres, traite des preuves au livre II (de la procédure en première instance), dans les titres V à XII. « Après avoir exposé les dispositions générales relatives à l'administration de la preuve (titre V), le législateur s'occupe successivement de la descente sur les lieux (titre VI,) de la preuve testimoniale (titre VII), de l'expertise (titre VIII), de la preuve par titres (titre IX), du serment (titre X) et de sa procédure (titre XI), de la procédure relative à la conservation de la preuve (titre XII). Toute la matière de la preuve est épuisée dans ces 12 titres. Ainsi pour le serment, le Code de procédure allemand ne se borne pas à parler de la procédure du serment : il statue sur le serment lui-même. En France, en Italie, à Genève..., on a procédé autrement. Toutes les règles relatives à la preuve par serment ont été placées dans le Code civil; le Code de procédure ne contient que les formes du serment. L'ar-

ticle 410 du Code de procédure allemand est la reproduction de l'article 1359 du Code civil français » (1).

Il n'y a dans le Code civil allemand, promulgué le 18 août 1890, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1900, que quelques dispositions relatives notamment au fardeau de la preuve (2).

Cette détermination de la place de la preuve n'est pas l'effet du hasard et des circonstances comme dans le droit français ou dans le droit anglais, mais elle est le résultat de la réflexion doctrinale.

Dans la formation du *corpus juris* allemand, la part de l'élaboration scientifique est en effet considérable, non seulement d'ailleurs dans l'œuvre récente de la codification mais encore dès les origines.

Avant le xv^e siècle sans doute le droit allemand ne s'était pas encore comme le droit français affranchi des sources franques ou féodales. Les *leges barbarorum* maintenaient alors en Allemagne, comme en France et comme en Angleterre, la confusion des règles relatives au fond du droit et des règles de procédure. Cette procédure essentiellement orale et formaliste était incompatible, par la prédominance accordée au combat judiciaire avec les données de la moderne théorie des preuves. De même la procédure féodale, également formaliste, orale et publique,

1. Code de procédure civile pour l'Empire d'Allemagne (30 janvier 1877) trad. et ann. par Glasson-Lederlin et F. R. Dareste. Paris, 1887, p. 149. Ce Code a été récemment révisé.

2. Code civil allemand promulgué le 18 août 1896, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1900. Paris, 1914, t. I, p. 358, t. II, p. 442 et 542, etc.

ne connaît, comme moyens de preuve, que le jugement de Dieu ou le serment et les cojureurs. La preuve par témoins proprement dite qui apparaît, est encore essentiellement formaliste, avec quelques atténuations à travers les âges. Un procédé d'enquête consistant en questions et en réponses absolument libres, réservée au procès intéressant le fisc, existait bien alors, mais il n'était pas généralisé. Il ne conquiert une véritable suprématie qu'en Angleterre où il contribua au développement du jury et fut l'origine de la *law of evidence* (1).

A partir du xv^e siècle, en Allemagne comme en France, par opposition à ce qui se passe en Angleterre, le *corpus juris* germanique conquiert son autonomie et s'affranchit des sources franques et féodales en s'appuyant sur le droit romain et sur le droit canonique ; seulement, tandis qu'en France ce sont les ordonnances royales, au cours de la lutte de la monarchie contre la féodalité, qui provoquent la séparation du fond du droit et de la procédure, en Allemagne ce sont les hommes de loi, consultés par les juges (les échevins) qui, grâce à leur influence, transforment la procédure orale et formaliste, à l'image du droit canonique en une procédure écrite et secrète, ce qui conduisit à une révolution dans le système des preuves. Dès lors l'enseignement des universités, la doctrine des juriconsultes, a pris la direction du mouvement d'élaboration du droit commun allemand ; « le droit commun allemand est

1. Glasson-Lederlin, *op. cit.* Introduction, p. XIV.

entièrement l'œuvre des savants (1) ». L'œuvre récente de la codification a été exclusivement confiée à des juriconsultes. Les hommes politiques ne sont intervenus que pour réclamer cette codification et pour la sanctionner par le vote des assemblées législatives une fois terminée.

Cette origine scientifique du *corpus juris* germanique donne une grande valeur au système qu'il consacre relativement à la place de la preuve. De plus, la codification allemande est toute récente ; elle a par conséquent bénéficié des tous derniers résultats de la science du droit. Comme, par ailleurs, les conclusions doctrinales n'ont été détournées dans leur application par aucune contingence politique, tout concorde à donner au système adopté dans le *corpus juris* allemand, un caractère de solidité scientifique indiscutable.

Il n'en est pas tout à fait de même dans une autre codification encore plus récente, celle du Code civil suisse. Les considérations politiques n'ont pas été étrangères à son élaboration. Les codificateurs du droit civil suisse ont été amenés à enlever à la procédure quelques règles relatives à la preuve, sous l'influence de certaines idées politiques, et voici comment.

Dans le *corpus juris* suisse les règles relatives au fond du droit sont d'autant plus séparées de la procédure que l'article 64 de la constitution fédérale limite la compétence législative de la constitution

1. Glasson-Lederlin, *op. cit.*, p. XI.

fédérale aux matières du droit civil, et réserve aux cantons la réglementation de la procédure.

Or la théorie des preuves a été, en principe, considérée comme une partie de la procédure et abandonnée à la législation cantonale (1); seulement, cette attribution de place ne présentait pas qu'un intérêt scientifique. S'il en eût été ainsi, peut-être le droit suisse eût-il respecté parfaitement la logique. Cette attribution présentait aussi un intérêt politique; elle touchait à la rivalité entre deux législations: la législation fédérale et la législation cantonale, entre deux tendances politiques: la tendance centralisatrice et unificatrice et le vieil attachement des Suisses à leurs libertés locales.

Lors de la codification du droit civil suisse qui a abouti à l'entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1912 du Code civil, on a inséré dans les trois derniers articles du Titre préliminaire de ce code quelques règles relatives au fardeau de la preuve, à la valeur probante des titres publics, à l'admissibilité de la preuve testimoniale des contrats; les jurisconsultes suisses reconnaissent que la matière de la preuve judiciaire rentre dans la procédure (2); les articles ne se trouvent donc pas à leur place dans le Code civil. Ils ne sont là que parce que le législateur fédéral tend naturellement à mettre en échec et à assujettir dans la plus large mesure possible le législateur cantonal. Les objections que l'on a élevées au nom de

1. Rossel et Mentha, *Manuel du droit civil suisse*. Lausanne. Introduction, p. 72 et suiv.

2. Rossel et Mentha, *op. cit.*, p. 74.

ce dernier contre les articles sus-énoncés, en invoquant les règles de logique, ont été écartées par l'argument suivant : le champ d'application du droit civil confédéral pourrait être, a-t-on dit, arbitrairement réduit par des règles cantonales sur la preuve ; ainsi, en interdisant de prouver par témoins un contrat qui n'est pas constaté par écrit, la loi cantonale empêcherait de faire valoir en justice un droit reconnu par la loi confédérale. C'est donc la division du pouvoir législatif entre deux autorités qui a provoqué cette dispersion d'ailleurs peu accentuée des règles de la preuve dans le *corpus juris* suisse.

Ainsi, en Europe, c'est dans le droit allemand qu'on peut trouver la dernière expression de la méthode qui nous paraît la plus logique. Cependant, ce droit lui-même n'a pas été jusqu'au bout, puisque, nous l'avons vu, certaines règles de preuve se trouvent dans le Code civil.

Les juristes européens ne se doutent peut-être pas généralement (1) que dans une législation assez communément ignorée, à cause de son rôle effacé dans le monde politique contemporain, la législation islamique, on peut trouver sur bien des points et en particulier sur celui qui nous intéresse ici, des solutions qui semblent bien près d'atteindre à la perfec-

1. Cependant MM. Morand, doyen de la Faculté de droit d'Alger, Lambert, ancien directeur de l'Ecole de droit royale du Caire, dont nous avons déjà parlé, Goldziher (*le Droit musulman expliqué*. Paris, 1896), etc., avec d'autres, font exception.

tion et qui peuvent incontestablement servir de modèles aux législations européennes. La législation islamique est encore en vigueur dans beaucoup de pays; malheureusement, elle est loin d'avoir partout conservé son originalité et sa vigueur propre de développement. Il n'y a guère qu'en Egypte où elle poursuit son évolution normale; car ce pays est devenu le seul centre d'études actives et autonomes du droit musulman, grâce à l'Université Azhar, qui groupe des milliers d'élèves, de toutes les nationalités et de toutes les races qui embrassent la religion islamique.

SECTION II

La place de la preuve dans le droit musulman

Quelle place la preuve a-t-elle donc occupée dans le *corpus juris* musulman à travers l'histoire? (1)

On distingue dans l'histoire du droit musulman cinq périodes: (2)

1. Pour une étude complète de l'histoire des sources du droit musulman, voir Mohamed el Khodari, *Histoire de la législation musulmane* (Tarikh el Tachrii el Eslami). — Ahmad Abou el Fath, *Sources du droit musulman* (Al Mokhtarat el Fathieh). — Sawas-Pacha, *Etudes sur la théorie du droit musulman*, t. I, p. 1 à 159. — Marcel Morand, *Introduction à l'étude du droit musulman algérien* enfin, et surtout Lambert, *Fonctions du droit comparé*, p. 279 et s.

2. Nous adoptons ici la division proposée par Ahmad Abou el Fath, *op. cit.*, à laquelle nous ajoutons une cinquième période, celle de la codification. D'autres auteurs dis-

Première période : le Prophète (570-632 ère chrétienne), période qui se termine par l'année 13 de l'hégire.

Deuxième période : les quatre Khalifes jusqu'à l'apparition des quatre grandes écoles (632 à 750 environ de l'ère chrétienne), soit 13 à 132 de l'hégire.

Troisième période : de la formation des écoles jusqu'à l'année 656 de l'hégire (du VIII^e siècle de l'ère chrétienne au XII^e siècle), fin de l'époque classique.

Quatrième période : les jurisconsultes postérieurs de la moitié du VII^e siècle au XIII^e siècle de l'hégire (du XIII^e au XIX^e siècle de l'ère chrétienne).

Cinquième période : la codification.

1^{re} *Première période*.—Pendant la première période, les deux sources du droit musulman sont, comme nous l'avons dit plus haut : 1^o le Coran ; 2^o la Sounnah. Quelques-uns prétendent qu'il y en a une troisième : l'analogie légale. Le Coran ou la parole de Dieu est le livre sacré des musulmans ; il contient cent quatorze *sourah* ou chapitres édictant les prin-

tinguent cinq périodes mais autrement fixées. (Sawas-pacha, *op. cit.*). Cheikh Mohamed el Khodari distingue six périodes : la première, durant la vie du Prophète, la deuxième, durant la vie des grands Compagnons (Al Sahaba) de l'an XI à l'an XL de l'hégire ; la troisième, pendant la vie des petits Compagnons du Prophète de l'an XLI jusqu'au commencement du II^e siècle de l'Islam. La quatrième période du commencement du II^e siècle jusqu'à la moitié du IV^e siècle. La cinquième, de la moitié du IV^e siècle jusqu'au VII^e siècle, établissement des rites. Ces deux dernières périodes forment l'époque classique. La sixième, du VII^e siècle jusqu'à nos jours, période de pure imitation (simple tradition), *op. cit.*, p. 5, 93, 123, 164, 328, 377.

cipes fondamentaux de l'Islam ; révélés au Prophète durant vingt-trois années Chaque *sourah* est divisé en versets ; le Coran traite de tout ; c'est un *corpus juris* général en même temps qu'un Livre Divin. On y trouve un certain nombre de versets se rapportant à la théorie des preuves, dispersés entre les divers *sourah*. Il y en a huit pour le serment, dans les *sourah* suivants : S. 2, versets 224 et 225 ; S. 5, verset 94 ; S. 16, versets 94 et 96 ; S. 48, verset 10 ; S. 66, verset 2 ; S. 68, verset 10 ; et sept pour le témoignage : S. 2, versets 177, 282 et 283 ; S. 4, verset 134 ; S. 5, verset 2 ; S. 70, verset 33 ; S. 75, verset 72 (1).

1. *Le Coran analysé* par Jules Labaume. Paris, 1878, p. 730, 731 et 732. Voici les versets :

§ 47. — Serment (8 versets)

S. 2 ; v. 224. Ne prenez pas Dieu point de mire quand vous jurez d'être vertueux, de craindre Dieu et d'établir la concorde parmi les hommes. Il sait et entend tout.

S. 2 ; v. 225. Dieu ne vous punira point pour une méprise dans vos serments ; il vous punira pour les œuvres de vos cœurs. Il est clément et miséricordieux.

S. 5 ; v. 94. Il ne vous châtiara pas pour une méprise dans vos serments, mais il vous châtiara à cause de vos engagements sérieux que vous violerez ; et l'expiation d'une telle violation sera la nourriture de dix pauvres, nourriture de qualité moyenne et telle que vous la donnez à votre famille, ou bien leur vêtement, ou bien l'affranchissement d'un esclave. Celui qui sera hors d'état de satisfaire à cette peine, jeûnera trois jours Telle sera l'expiation de vos serments violés, quand vous aurez juré... observez donc vos serments. C'est ainsi que Dieu vous manifeste ses signes, afin que vous soyez reconnaissants.

S. 16 ; v. 94. Ne ressemblez point à cette femme qui a défait le

Comment s'explique cette dispersion ?

Par la façon dont le Coran a été révélé au Prophète et par la méthode adoptée par les compilateurs. Comme le dit notre éminent maître M. Ed. Lambert : « Les dispositions intéressant le droit ne se présen-

fil qu'elle avait tordu solidement, ne faites point entre vous de serments perfides, parce que vous voyez qu'une troupe d'entre vous se trouve être plus nombreuse qu'une autre.

S. 16 ; v. 96. Ne vous servez point de vos serments comme d'un moyen de fraude, de peur que vos pieds fermement posés, ne viennent à glisser et que vous n'éprouviez le châ-timent pour avoir détourné les autres du sentier de Dieu. Un supplice terrible vous serait réservé.

S. 48 ; v. 10. Ceux qui, en te donnant la main, te prêtent ser-ment de fidélité le prêtent à Dieu ; la main de Dieu est posée sur leurs mains. Quiconque violera le serment, le violera à son détriment, et celui qui reste fidèle au pacte, Dieu lui accordera une récompense.

S. 66 ; v. 2. Dieu vous a permis de délier vos serments, il est votre patron. Il est le savant, le sage.

S. 68 ; v. 10. N'écoute pas celui qui jure à tout propos et qui est méprisable.

§ 50. — Témoignage (7 versets)

S. 2 ; v. 177. Celui qui, après avoir entendu les dispositions du testateur, au moment de sa mort, les aura altérées, com-met un crime. Dieu voit et entend tout.

S. 2 ; v. 282. Si le débiteur n'est pas en état de dicter lui-même son engagement de payer une dette à une époque fixée que son représentant (parent ou autre) dicte fidèlement pour lui. Appelez deux témoins choisis parmi vous ; si vous ne trouvez pas deux hommes appelez-en un seul et deux femmes parmi les personnes habiles à témoigner ; afin que, si l'une oublie l'autre puisse rappeler le fait. Les témoins ne doivent pas refuser de faire leurs dépositions toutes les fois qu'ils en seront requis... Appelez des témoins dans vos transactions, et ne faites violence ni à l'écrivain ni au témoin : si vous le

tent pas d'ordinaire dans le Coran sous la forme de normes juridiques ; elles ont, en général, le caractère très visible de décisions d'espèce, provoquées par des cas concrets et réels... » (1) « Les méthodes suivies par les compilateurs du Coran nous sont plus clairement connues que leur personnalité. Les compilateurs n'ont cherché ni à fondre ni à grouper rationnellement les listes de révélations qui, jusque-là avaient été conservées isolément ; ils se sont contentés de les juxtaposer matériellement sans se préoccuper d'établir entre elles aucun classement, soit méthodique, soit chronologique (2). »

La deuxième source pendant cette première période

faites vous commettez un crime. Craignez Dieu : c'est lui qui vous instruit et il est instruit de toutes choses.

S. 2 ; v. 283. Ne refusez point de rendre témoignage : qui-conque le refuse a le cœur corrompu. Mais Dieu connaît vos actions.

S. 2 ; v. 134. O Croyants ! soyez stricts observateurs de la justice quand vous témoignez devant Dieu, dussiez-vous témoigner contre vous-mêmes, contre vos parents, contre vos proches, vis-à-vis du riche ou du pauvre. Dieu est plus près que vous du riche et du pauvre. Ne suivez point vos passions, de peur de dévier. Si vous refusez votre témoignage, si vous vous abstenez, sachez que Dieu est instruit de ce que vous faites.

S. 5 ; v. 2. O vous qui croyez ! soyez fermes et justes témoins devant Dieu ; que la haine ne vous entraîne point à vous écarter de la droite ligne. Soyez justes : La justice tient de près à la piété. Craignez Dieu, parce qu'il connaît vos actions.

S. 70 ; v. 33. Les hommes pieux sont inébranlables dans leurs témoignages.

S. 75 ; v. 72. Ils ne portent point de faux témoignages.

1. Lambert, *op. cit.*, p. 289.

2. Lambert, *op. cit.*, p. 287.

c'est la *Sounnah*, la conduite du Prophète, l'ensemble des actes, paroles ou décisions du Prophète.

La tradition orale a été originairement, on peut dire, le seul mode de transmission de la *Sounnah*; mais, dès les premiers temps, de pieux musulmans ont noté par écrit les principes de la *Sounnah*; grand nombre de leurs notes ont été rédigées dans un but purement religieux, sans aucune idée de publicité. Ce n'est que plus tard qu'on a eu l'idée d'en faire une compilation méthodique pour mettre fin surtout aux faux *hadisses* qui avaient cherché à s'introduire dans l'Islam. L'une des principales de ces collections parue au commencement du II^e siècle de l'hégire est considérée comme étant le plus ancien de ces recueils; c'est le *Muwatta* de Malik ebn Anas. Cependant les autorités s'accordent pour reconnaître que c'est, plutôt qu'un livre de *hadisse*, un livre de droit (*fiqh*), dans lequel le *hadisse* a la prépondérance. Le véritable mouvement de coordination des *hadisses* n'a vraiment commencé qu'avec le III^e siècle de l'hégire.

Il existe six recueils authentiques de la *Sounnah* parus dans ce siècle. Les deux plus anciens sont considérés comme formant autorité de tout premier ordre. Ce sont: 1^o le recueil vrai (*tadwin el Sahih*) œuvre de Hafiz Abdoullah Mohammed Ebn Ismaïl el Boukhari mort en l'année 256 de l'hégire: ce livre contient 7.395 faits du Prophète (*hadisses*);

2^o Le recueil vrai de Muslim (*Sahih Muslim*) œuvre du Hafiz Muslim ebn Haggague de Missabori (bourgade sise en Perse), mort en 261 de l'hégire; ce recueil

contient 7.275 *hadisses*. Les quatre autres sont : Abou Daoud Soliman ebn el Ashath el Sagestani, mort en l'année 255 de l'hégire ; Abou Issa Mohammed ebn Issa el Salmi Altermezzi, mort en l'année 279 de l'hégire ; Abou Al Kazouini, connu sous le nom d'ebn Magah, mort en l'année 273 de l'hégire ; enfin Abou Abdul Rahman ebn Choüeb el Nessai, mort en l'année 303 de l'hégire (1).

Les compilateurs qui ont composé ces recueils étaient méthodiques et comme le dit M. Lambert : « ils classèrent plus systématiquement les *hadisses* ou traditions du Prophète par *ordre des matières*, de façon à permettre au lecteur d'avoir simultanément sous les yeux tous les textes se référant à un même chapitre naturel du *fiqh*, ou tous ceux qui pouvaient être utilisés pour la solution d'une même question de droit religieux (2) ». Les collections de Bokhari et de Muslim ont acquis, grâce à leurs tendances modérées et à leur méthode empreinte de clarté, une autorité prépondérante. Si nous nous reportons à Bokhari, nous trouvons qu'il divise son ouvrage en 71 titres. Les 33 premiers titres sont consacrés aux questions purement religieuses. Le titre 34^e est consacré aux ventes et le 35^e à la vente à livrer, le 36^e au retrait, le 37^e, au salariat, le 38^e aux délégations, le 39^e à la caution ; le 40^e, au mandat ; le 41^e, au contrat d'ensemencement, le 42^e au contrat d'arrosage ; le 43^e, au prêt et au paiement des

1. Voir Mohamed el Khodari, *op. cit.*, p. 176. Sawas Pacha, *op. cit.*, t. I, p. 28.

2. Houdas, *El Bokhan*, t. II, p. 206 à 229.

dettës, à l'interdiction et à la déconfiture ; le 44°, *aux litiges* ; le 45°, aux objets trouvés ; le 46°, aux actes injustes et à la spoliation ; le 47°, aux sociétés ; le 48°, au gage ; le 49°, à l'affranchissement ; le 50°, à l'affranchi contractuel ; le 51°, à la donation ; le 52°, *aux témoignages* ; le 53°, à la conciliation ; après, aux stipulations et aux testaments, etc. Sur le témoignage, il a recueilli 30 *hadisses* (1).

Pour ce qui concerne le serment, nous ne trouvons qu'un seul *hadisse* sous le titre 65 intitulé : de l'interprétation du Coran. Cependant, le titre sur le témoignage reste en réalité le seul titre contenant les règles de la preuve car c'est une question très discutée de savoir si le serment est ou non un moyen de preuve (2) ?

Nous remarquons également que le titre traitant du témoignage est séparé par un certain nombre d'autres titres de celui concernant les litiges (ou la procédure). Un rapprochement devra se faire entre ces deux titres, c'est ce que nous allons remarquer chez les jurisconsultes de la troisième période.

Il nous reste à parler de la troisième source que quelques auteurs ont coutume de discerner dans cette première période, savoir : *l'analogie légale*, le *Kias*. L'analogie légale consiste dans les dispositions établies par les jurisconsultes par voie de similitude. Le Prophète en avait approuvé le prin-

1. Lambert, *op. cit.*, p. 317.

2. Voir Aristarchi bey, *Législation ottomane*, t. VII, p. 272 ; et, en droit français, Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, t. XII, § 749, p. 96, 5^e édition.

cipe dans les circonstances suivantes. Il interrogeait un jour Maaz ebn Djabal, envoyé par lui au Yemen : « Sur quoi vous appuyez-vous pour juger ? » Maaz répondit : « En appliquant la parole de Dieu (c'est-à-dire le Coran) — Et si le cas n'est pas prévu ? — J'aurais recours à la *Sounnah*. — Et si elle ne prévoit pas le cas ? — Je tâcherai de le faire par le raisonnement *ijtihad* (*idtjihad*).

Le Prophète alors approuva la réponse de Maaz et ce procédé fut dès lors admis et nommé « l'effort du raisonnement savant ou *idtjihad al Oulama* » (1). Seulement au cours de la première période, cette source du droit n'a pas encore donné lieu, à notre connaissance, à aucune compilation ou recueil écrit.

2^e La deuxième période se subdivise elle-même :

a) Le temps des quatre grands kalifes (jusqu'à l'année XL de l'hégire). Alors apparaît la quatrième et dernière source du droit musulman, l'opinion unanime *idjmaa al Ommah*.

C'est l'unanimité dessavants d'une époque déterminée sur une solution juridique (2). En réalité, ce n'est pas autre chose que la jurisprudence musulmane, tant qu'elle est définitivement fixée (de même que le *case-law* du droit anglo-américain) et dont aucune compilation n'existe encore à cette époque.

b) Après les kalifes, viennent les *Omēades*. Pendant tout leur règne qui s'étend environ sur quatre-

1. Sawas pacha, *op. cit.*, p. 42, 43. — Mohamed el Khodari, p. 104 et suiv.

2. Sawas pacha, *op. cit.*, p. 33. — Lambert, *op. cit.*, 336. — Morand, *op. cit.*, p. 51.

vingt-dix années, il y a eu comme un arrêt de l'évolution juridique (1). Après les *Oméïades*, viennent les *Abassides*, avec lesquelles commencent la troisième période marquée par un renouveau des études juridiques.

3° *La troisième période* qui s'étend du milieu du ^{vi}^e siècle au milieu du ^{vii}^e de l'hégire est la plus belle époque de l'Islam. Un grand mouvement scientifique se développe dès son début. En matière juridique, apparaissent les premiers travaux de jurisconsultes, les premières discussions de caractère technique. C'est alors que l'effort scientifique devient le moteur déterminant de l'évolution juridique de l'Islam. On l'appelle « l'ijtihād ». « La science, dans l'Islam, a longtemps été douée d'une puissance de production grâce à laquelle elle a pu déposer dans les textes sacrés le germe de multiples théories insoupçonnées du Prophète et en tirer une série inépuisable de décisions nouvelles par des procédés qui ne sont pas sans similitude avec ceux que le prestidigitateur emploie pour faire sortir de son chapeau les objets variés que lui confient les spectateurs (2). »

Au sein de l'école orthodoxe (3), l'apparition des divers *mazāhib* (écoles), n'a pas eu d'autre cause que les discussions doctrinales; la scission du droit cano-

1. Voir, sur les raisons de cet arrêt, Sawas pacha, *op. cit.*, t. I, p. 44 et suiv.

2. Lambert, *op. cit.*, p. 372.

3. Lambert, *op. cit.*, p. 344.

nique sunnite en plusieurs systèmes juridiques distincts est due à l'action exclusive de la science (1). De ces systèmes juridiques, qui ne sont au fond surtout que des divergences d'opinion, est sortie la division définitive du droit musulman en quatre rites (mazâhib) : les rites Malekite, Shafiïte, Hanefite, et Hanbalite) (ainsi appelés d'après le nom de leur chef respectif : Malek ebn Anas, né en 94 et mort en 179 de l'hégire, (716-795 de l'ère chrétienne) ; Shafii, né en 150 et mort en 204 de l'hégire ; Abu-Hanifa né en 80 et mort en 150 de l'hégire ; Ebn Hanbal né en 164 et mort en 241 de l'hégire (2).

L'effort des fondateurs des quatre rites porta d'abord sur la systématisation des maximes et des textes du droit musulman, travail préparé déjà antérieurement par ceux qu'on appelait les sept jurisconsultes de Médine (1^{er} siècle) (3). C'est sur cette base qu'ils ont poursuivi leur œuvre de développement doctrinal.

Dans chacune des écoles le *corpus juris* musulman a gardé ses caractères fondamentaux bien que la diffusion des divers rites se soit opérée dans des régions parfaitement distinctes : Le Malekite actuellement à Médine, au Maroc, en Tunisie, en Algérie ; le Hanefite, en Turquie, en Egypte, en Syrie, au Turkestan, en Chine, etc. ; le Shafite, dans l'Irak, la Syrie,

1. Lambert, *op. cit.*, p. 372.

2. Voir pour les raisons qui ont amené les divergences d'opinions, la création d'écoles distinctes : Mohamed El Khodari, *op. cit.*, p. 177 et s. — Ahmad bou Al Afath, *op. cit.*, p. 58 et s. et Lambert, *op. cit.*, p. 344 et s.

3. Lambert, *op. cit.*, p. 346 et 347.

l'Egypte, le Hedjaz et surtout aux Indes ; le Hanbalite, très peu répandu, actuellement en Afganistan, dans certaines parties du Maroc et de l'Arabie (1).

Comment était divisée la science du droit chez les jurisconsultes de cette époque ?

Prenons, par exemple, le traité *Al Hidayah* ou Guide, par le Cheik al Islam (le plus haut pontife de l'Islam après le Kalife) Borham el Dine fils de Abi-Bakr al Marjhinani, mort en 593 de l'hégire, accompagné de son commentaire : *Fath el Kadir* par Abdelwahed Siwassi, (connu sous le nom d'Ebn El Houmam) mort en 681 H. ; commentaire complété par le juge (*kadi*) Zada, mort en 988 H., et annoté par Saadi Chalabi mort en 945 H.

C'est un des traités les plus autorisés et les plus connus dans le rite Hanafite. Il est composé de huit volumes, chacun de 500 à 550 pages. Il commence par une préface et il est divisé en 51 livres.

I. Purifications.

II. Prières.

III. Dimes (*zekat*)

IV. Jeûne.

V. Pèlerinage.

VI. Mariage.

VII. Garde des enfants (*hadauah*).

VIII. Divorce.

IX. Affranchissement.

X. Serment.

XI. Peines.

1. Lambert, *op. cit.*, p. 341.

- XII. Condition des étrangers.
- XIII. Enfant trouvé.
- XIV. Objet trouvé.
- XV. Ceux qui s'enfuient (*abak*).
- XVI. Choses perdues.
- XVII. Contrat de société.
- XVIII. Mainmorte (*wakf*).
- XIX. Vente.
- XX. Echange.
- XXI. Cautionnement.
- XXII. Transfert de créances.
- XXIII. Jugement, formalités.
- XXIV. Conduite du juge (*odb el cadi*).
- XXV. Témoignage.
- XXVI. Mandat.
- XXVII. Transaction.
- XXVIII. Spéculation.
- XXIX. Dépôt.
- XXX. Commodat.
- XXXI. Dotation.
- XXXII. Louage.
- XXXIII. Esclavage.
- XXXIV. Patronage.
- XXXV. Violence.
- XXXVI. Interdiction.
- XXXVII. Autorisation.
- XXXVIII. Spoliation.
- XXXIX. Prémption.
- XL. Partage.
- XLI. Société pour agriculture.
- XLII. Arrosage.

XLIII. Abatage

XLIV. Offrande.

XLV. Ce qui n'est pas recommandable.

XLVI. Boisson.

XLVII. Gage.

XLVIII. Crime.

XLIX. Rançon.

I. Testament.

LI. Androgyne.

Que résulte-t-il de cette énumération ?

Le *corpus juris* musulman est-il donc composé de cinquante et une parties indépendantes les unes des autres ? N'est-il pas possible de découvrir un regroupement des livres entre eux. Notre auteur, comme tous les auteurs musulmans de son temps, et conformément à l'esprit méthodique qui préside à leurs travaux, prend la peine d'exposer au commencement de chacun de ses livres les raisons pour lesquelles il passe dans ce livre à l'étude de telle ou telle matière. Le passage consacré à cet effort de rhétorique, à cette découverte d'une transition, n'a pas une simple valeur littéraire. Il a incontestablement une valeur juridique. Il est l'expression même de la *systématique du droit*, telle qu'elle est conçue par notre auteur. Mieux qu'un regroupement matériellement apparent des matières éparses dans les cinquante et un livres, il nous révèle l'ordonnement scientifique de la doctrine juridique islamique dans l'esprit des auteurs de l'époque classique.

En lisant de près son ouvrage, on remarque que

l'auteur se préoccupe toujours de prévenir le lecteur au début de chaque livre de la raison pour laquelle il passe à l'étude de telle matière. Il s'efforce à ce propos de lui montrer le lien qu'elle présente avec celle qu'il vient d'abandonner. Ce lien est toujours d'une heureuse venue et témoigne de l'habileté dialectique de notre auteur ; il est aussi la marque de son rigoureux esprit de méthode. Ce n'est pas seulement un artifice de rhétorique, une habile transition ; il a une incontestable valeur technique au point de vue juridique. C'est, en effet, de l'ensemble de ces transitions, de ces liens qui forment la trame de tout l'ouvrage, qu'il est possible d'extraire les grandes lignes de la systématique du droit musulman que l'auteur lui-même avait dans l'esprit en concevant son traité. De ces courts passages se dégagent un ordonnancement juridique qui ne manque pas d'une certaine force.

Ainsi, au début du Livre I^{er} le commentateur explique que l'ouvrage débute par la matière des ablutions parce que c'est « la clef de la prière » qui forme la base fondamentale de la religion (1). L'ablution, en effet, doit toujours précéder la prière. Il est entendu que les devoirs envers Dieu passent avant tout autre pour le croyant.

Après avoir parlé des diverses pratiques religieuses et notamment du pèlerinage (2), l'auteur

1. Ebnel Houmam, *Commentaires fath al Kadir*, t. I, p. 7.

2. Ebnel Houmam, *op. cit.*, t. V, p. 73.

aborde le mariage. Il place cette question auprès de celle de la religion ; car, dit-il ; « le mariage est plus près des pratiques religieuses. Il vaut mieux s'adonner au mariage que de le délaisser et adorer Dieu ; car le mariage c'est une garantie de perpétuité pour l'Islam... »

Le Livre XIX, sur la vente, s'ouvre sur cette remarque capitale que « les principes émis par le législateur se divisent en trois catégories :

1^o Principes de droit concernant exclusivement Dieu ;

2^o Principes concernant exclusivement les individus ;

3^o Principes réunissant les deux éléments.

Ces derniers se subdivisent en deux :

Ceux dans lesquels les droits de Dieu pèsent le plus.

Ceux dans lesquels les droits de l'homme l'emportent.

Les droits de Dieu comprennent les pratiques religieuses, les peines, les dispenses (*kaffarat*). L'auteur, est-il dit dans le texte, a commencé par les droits qui concernent exclusivement Dieu, et les a traités tous jusqu'au dernier. En arrivant à la dernière catégorie de ces droits, il a parlé des droits des particuliers qui sont les transactions. Quant aux divisions des chapitres, il a cherché l'ordre entre ces chapitres, et en a indiqué le lien au fur et à mesure. La vente (objet du présent livre) vient au commencement des droits des individus. Cependant il a parlé auparavant du *wakf* (mainmorte,

livre XIX) car le bien, objet du *wakf*, sort du patrimoine du constituant, mais sans trouver un nouveau propriétaire. Dans la vente, le bien sort, au contraire, au profit d'un nouveau propriétaire. Donc le *wakf* est une situation simple, tandis que la vente est une situation complexe et dans un exposé le simple doit précéder le complexe.

Dans le livre XXIII, du jugement, qui arrive après le livre XXII sur le transfert de créance, le lien est indiqué de la manière suivante : « Comme la plupart des litiges concernent les créances et les ventes et que les litiges doivent prendre fin, l'auteur juge bon de parler sans délai du jugement qui précisément met fin aux litiges... et des politesses et des bonnes manières dont un juge a besoin... »

Il passe ensuite, dans le livre XXIV, au témoignage et il commence comme suit : « Il eût été naturel d'en parler avant de s'occuper du jugement car le jugement (dans l'ordre naturel) vient après le témoignage. Mais le jugement étant le but, le témoignage étant le moyen, il a paru meilleur de parler du but avant le moyen... »

Un autre commentateur (El Babarti) dit au même endroit : « Que pour mettre fin à un litige, il faut d'abord un juge, c'est pour cela qu'il vaut mieux s'assurer de l'existence du juge avant tout (1). »

Ce plan est à peu près suivi, et expressément justifié de la même manière par presque tous les grands auteurs Hanéfites de la période classique. Les diffé-

1. Ebnel Houmam, *op. cit.*, t. V, p. 2.

rences ne portent que sur le détail. Nous renvoyons le lecteur aux ouvrages suivants :

Badayeh el Sanayeh, par al Kassani, mort en 587 de l'hégire, en 7 volumes (en arabe). Le Caire, 1328 H. 1910 ère chrétienne,

Al Mabsout par Al Sarakhssi, mort en 438 de l'hégire, en 30 volumes (en arabe). Le Caire.

Dans les autres écoles, les auteurs musulmans de l'époque classique adoptent un plan analogue.

Voici, par exemple, les divisions du *Moukhtar* (Précis) de Khalil ebn Isak, mort en 776 de l'hégire, traduit en français par M. Perron (Paris, imprimerie nationale, 1852).

I. Des purifications.

II. De la prière.

III. Des dîmes (*zekat*).

IV. Du jeûne.

V. De la retraite spirituelle.

VI. Du pèlerinage.

VII. De l'usage de la chair des animaux.

VIII. Du serment.

IX. De la guerre.

X. Des jeux militaires.

XI. Du mariage.

XII. Du vœu de continence.

XIII. Des assimilations injurieuses.

XIV. De l'anathème ou accusation d'adultère.

XV. De l'attente ou retraite légale imposée à la femme.

XVI. De la parenté de lait.

XVII. De l'entretien de la femme dans le mariage.

XVIII. De l'entretien des esclaves et des proches parents.

XIX. Des ventes.

XX. Du gage.

XXI. Des créances.

XXII. De l'interdiction et de la minorité.

XXIII. Des compositions ou arrangements amiables.

XXIV. Des transferts des dettes.

XXV. Des cautions.

XXVI. Des sociétés commerciales et des servitudes de sociétés agricoles.

XXVII. Du mandat.

XXVIII. Des aveux ou déclarations.

XXIX. De la paternité et de la filiation et parenté rapprochée.

XXX. Du dépôt.

XXXI. Du dépôt comme état.

XXXII. Des usurpations.

XXXIII. De la préemption.

XXXIV. Du partage

XXXV. De la société en participation.

XXXVI. De la petite culture et amodiations.

XXXVII. Du louage.

XXXVIII. Des pactes conventionnels.

XXXIX. Des terres mortes.

XL. De la fondation.

XLI. Des donations.

XLII. Des objets trouvés.

XLIII. *De la justice distributive (ou le jugement, qualités et devoirs du juge).*

XLIV. *Du témoignage* (de la page 193 de la traduction à la page 350, t. V).

XLV. Du sang versé ou de l'homicide.

XLVI. De la rébellion.

XLVII. De l'apostasie ou blasphème.

XLVIII. De la cohabitation illicite.

XLIX. De la diffamation et de l'injure.

L. Du vol.

LI. Du brigandage.

LII. De l'usage des liqueurs enivrantes.

LIII. Des châtimens correctionnels.

LIV. De l'affranchissement des esclaves.

LV. De l'affranchissement posthume.

LVI. De l'affranchissement contractuel.

LVII. De l'affranchissement maternel.

LVIII. Du patronage.

LIX. Des dispositions testamentaires.

LX. Des successions.

Les autres auteurs Malekites, même ceux qui ont précédé Khalil, à commencer par Malek lui-même dans son *al Muwatta* suivent à peu près le même plan. Voir par exemple, *Al Moudaouana al Koubra*, de Malek, rapporté par Al Eman Ebn Sahnoun, mort en 140 de l'hégire, d'après Abdel Bahman El Etki.

Parmi les auteurs Chaféites, El Naouaoui, mort en l'an 623 de l'hégire, dans son livre *la Minhadj al Talibin* (*Guide des zélés croyants*), traduit en français par M. Van den Berg, donne la division suivante :

Introduction.

I. De la pureté légale.

II. De la prière.

- III. Des prières accomplies en assemblée.
- IV. Des cérémonies funéraires.
- V. Des dîmes (*zekat*).
- VI. Du jeûne.
- VII. De la retraite spirituelle.
- VIII. Du pèlerinage.
- IX. De la vente ou échange.
- X. De la vente des choses futures (*salam*).
- XI. Du nantissement.
- XII. De la faillite, de l'interdiction, de la transaction, de la cession et du cautionnement.
- XIII. Du contrat de société.
- XIV. Du mandat.
- XV. De l'aveu.
- XVI. Du commodat.
- XVII. De l'usurpation.
- XVIII. Du retrait.
- XIX. De la société en commandite.
- XX. Du bail à ferme.
- XXI. Du louage.
- XXII. De l'occupation du sol, des mines et de l'eau.
- XXIII. De l'immobilisation ou fondation.
- XXIV. De la donation.
- XXV. Des objets trouvés.
- XXVI. Des enfants trouvés.
- XXVII. Des dévils et marchés.
- XXVIII. Des successions.
- XXIX. Des dispositions testamentaires.
- XXX. Du dépôt.
- XXXI. Du partage, des contributions et du butin de guerre.

- XXXII. Du partage des prélèvements.
- XXXIII. Du mariage.
- XXXIV. Du don nuptial.
- XXXV. Du partage des faveurs maritales et de l'insoumission des femmes.
- XXXVI. Du divorce.
- XXXVII. De la répudiation.
- XXXVIII. Du retour à l'union conjugale.
- XXXIX. Du vœu de continence.
- XL. De l'assimilation injurieuse.
- XLI. De l'expiation en matière d'assimilation injurieuse.
- XLII. De l'anathème.
- XLIII. De la retraite légale.
- XLIV. De l'attente des purifications.
- XLV. De la parenté de lait.
- XLVI. De l'entretien.
- XLVII. Des attentats contre les personnes.
- XLVIII. Du prix du sang.
- XLIX. De la procédure en matière d'attentats contre les personnes.
 - L. Des rebelles.
 - LI. De l'apostasie.
 - LII. De la fornication.
 - LIII. De la diffamation.
 - LIV. Des crimes punissables de l'amputation.
 - LV. Des boissons défendues et de la correction arbitraire.
 - LVI. De l'homicide, de la blessure et de la destruction excusables.
 - LVII. Des expéditions militaires.

- LVIII. De la capitation.
- LIX. De la chasse et de l'abatage des bestiaux.
- LX. Des sacrifices.
- LXI. Des aliments
- LXII. De la course et du tir.
- LXIII. Des serments.
- LXIV. Des vœux.
- LXV. *De l'administration de la justice.*
- LXVI. *De la preuve testimoniale.*
- LXVII. *Des litiges ou de la procédure.*
- LXVIII. De l'affranchissement simple.
- LXIX. De l'affranchissement testamentaire.
- LXX. De l'affranchissement contractuel.
- LXXI. De l'affranchissement pour cause de maternité.

L'âme de ce plan est facile à discerner.

C'est sur l'ordre naturel des événements habituels de la vie pratique que sont calquées très exactement les grandes divisions du *corpus juris* musulman, chez les divers auteurs.

Cette systématique est essentiellement réaliste. Ils ne se sont pas écartés le moins du monde de la vie pratique du droit ; ils y restent profondément attaché, au contraire. Au fond, n'est-ce pas la meilleure méthode ?

C'est ainsi qu'ils commencent par traiter des rapports de l'homme avec Dieu (le *fas* romain). C'est qu'en effet tout croyant commence par là ; puis ils passent aux rapports des hommes entre eux (*jus*). Ils parlent de ceux qui ont en eux encore quelque chose

de divin (ainsi les peines, la mainmorte). Ils abordent ensuite les contrats les plus usuels, ceux que l'on rencontre dans la vie journalière ; par exemple, la vente ; et après l'événement que les contrats amènent si souvent : le procès, c'est-à-dire le jugement, et c'est à ce moment qu'ils écrivent leur livre sur les témoignages. Les choses qui se présentent moins souvent dans la pratique, les petits contrats, les crimes, les spoliations, le testament, passent en quelque sorte en appendice. Et, enfin, « nous arrivons à un cas tout à fait exceptionnel, dit Ebn El Houmam, lui-même, l'androgynie ».

Dans ce plan, nous voyons quelle place occupe la preuve ? Elle est étroitement associée au procès. Les législateurs modernes en Egypte n'auront presque rien à changer au sujet de cette place de la preuve quand ils procéderont à la codification du droit musulman, à la lumière de la systématique moderne. D'ailleurs cette systématique moderne ne repose-t-elle pas au fond sur le même réalisme pratique, plus perfectionné sans doute ou plus déformé, si l'on veut.

« Au fond, les divergences résultent de la position différente prise à l'égard de la religion dans ses rapports avec le droit.

Quoi qu'il en soit, on doit admirer les résultats auxquels est parvenu l'effort, le *ijtihad* des savants musulmans.

« Malheureusement cet élan vers la vérité scientifique est allé en diminuant. Nous assistons à une sadécadence progressive. En même temps l'au-

torité des *moudjtahidin* va en s'affaiblissant (1).

La cause de cette décadence, c'est l'aggravation des dissensions politiques à l'intérieur de l'Islam. Les questions de politique intérieure prennent le pas sur toutes les autres; en même temps que le peuple perd sa force et son prestige, la science subit une régression (2).

Au VIII^e siècle on est d'accord pour reconnaître que l'effort scientifique s'est arrêté. « La porte de l'*ijtihad* est fermée. » Pendant la quatrième période les jurisconsultes ne sont plus que des imitateurs *moukalledin*.

Quatrième période (3). — Les *moudjtahidin* ont cédé la place aux *moukalledin*; les jurisconsultes ont été remplacés par les commentateurs. Les *moukalledin* ont été eux-mêmes répartis en classes. L'autorité des plus anciens s'est imposée aux plus récents. Le légiste a aujourd'hui définitivement abdiqué tout usage de libre examen. Non seulement il ne lui est plus loisible de manier librement les textes du Coran ni de la *Sounnah*; mais il a en outre perdu la faculté d'interpréter par lui-même les œuvres du fondateur du rite ou de ses premiers disciples. Il est tenu d'accepter la signification et la partie attribuées à chacun des passages de leurs écrits par les *moudj-*

1. On distingue trois classes de *moudjtahidin*. Voir Morand, *op. cit.*, p. 45.

2. M. Lambert attribue cette décadence au maintien indéfini du lien entre la religion et le droit, *op. cit.*, p. 373.

3. Mohamed El Khodari, *op. cit.*, p. 380 et s. et Hamad Abou El Fath, *op. cit.*, p. 80 et s.

tahidin de la dernière catégorie ou, plus souvent encore, par les anciens des *moudjtahidin*. Son rôle se borne à rassembler, comparer, éclairer et expliquer les solutions proposées par ceux des savants antérieurs que l'opinion publique regarde comme ayant le plus facilement interprété la doctrine édiflée par le créateur du rite et ses principaux élèves (1). »

Déjà Ebn Khaldoun disait dans ses *Prolégomènes* : « Il n'y a donc plus d'autres sources à consulter maintenant si l'on s'applique à l'étude de la loi ; il n'est plus permis de travailler (comme autrefois) avec un zèle consciencieux à débrouiller de sa propre autorité les questions de droit. Cette pratique *ijtihad* est maintenant condamnée et tombée en désuétude, aussi les musulmans orthodoxes (de nos jours) se sont-ils tous attachés à l'une ou l'autre de ces quatre écoles (2). »

Les *moukalledin* ont tout imité servilement, non seulement l'esprit, mais aussi le plan de la division même des matières. La place de la preuve ne change donc pas chez eux ; le livre de la preuve est voisin du livre des litiges ou du jugement ou bien se trouve réuni à l'un d'eux. Il suffira de feuilleter l'ouvrage très connu en Egypte d'Ebn Abdine pour s'en convaincre. Cet auteur vivait au xii^e siècle de l'hégire. Il a écrit un Commentaire sur le rite Hanefite. Il en est de même des *El Fatawa el Hindia*.

1. Lambert, *op. cit.*, p. 376 et Morand, *op. cit.*, p. 54.

2. Ebn Khaldoun, *Prolégomènes*, traduction Slane, t. III,

Le monde juridique musulman est sorti tout récemment de cet état de stagnation particulièrement en Egypte. C'est précisément à propos d'une question de méthode que le réveil s'est produit : nous voulons parler de la codification qui nous fait entrer dans une nouvelle période.

Période de la codification. — L'utilité d'une codification a frappé l'esprit des dirigeants musulmans à partir de la fin du XIII^e siècle de l'hégire. Les musulmans sont entrés d'eux-mêmes dans cette voie de codification (1), à l'imitation des législations européennes. C'est notamment le cas des législateurs turcs et égyptiens. Dans les pays musulmans dirigés par des européens le même mouvement s'est dessiné plus tard (2). C'est le cas de l'Algérie. Nous allons passer très sommairement en revue les codifications musulmanes dans ces divers pays pour ce qui concerne la place de la preuve.

On peut les classer en deux catégories : d'un côté, en Turquie et en Algérie. Ici le mouvement de codification n'a pas touché à la division des rites ni à l'ordonnance des matières, telles qu'elles nous

1. Voir le rapport adressé à Son Altesse le Grand Vizir par la Commission de rédaction du Code civil ottoman. Youn, *Corps de droit ottoman*. Oxford, 1906, t. VI, p. 169 et s.

2. Ce retard s'explique, croyons-nous, d'une part par la crainte que les Européens ont éprouvée à toucher à la susceptibilité des indigènes musulmans (Voir sur ce point Morand, *Introduction à l'étude du droit musulman*, p. 124 et s.) ; d'autre part, par le fait que l'évolution intellectuelle des habitants de ces pays était moins avancée que celle des Égyptiens et des Turcs.

viennent du droit classique. C'est particulièrement saillant en Turquie.

Pour l'étude du corps du droit ottoman et de ses divisions, nous renvoyons aux deux ouvrages :

1° Aristarchi Bey, *Législation ottomane*, publié par Demetrius Nicolaïdes de 1873 à 1888.

2° Young G., *Corps de droit ottoman*, publié à Oxford en 1906.

Ce qui nous intéresse dans ce *Corps* c'est le Code civil ottoman : *Al Medjellat*, 1868.

Voici comment il est divisé :

Titre préliminaire: Principes généraux.

Livre I. De la vente.

II. Du louage.

III. Du cautionnement.

IV. Du transport de dettes.

V. Du gage.

VI. Des choses confiées à autrui.

VII. Des donations.

VIII. De l'usurpation et de la destruction de la chose d'autrui.

IX. De l'interdiction.

X. Des communautés et des sociétés.

XI. Du mandat.

XII. De la transaction.

XIII. *De l'aveu.*

XIV. *Des actions.*

XV. *Des preuves et du serment.*

XVI. *Des jugements.*

On voit nettement que les rédacteurs du Code civil ottoman ont suivi servilement la division des matières

adoptée à l'époque classique d'où la place occupée par la preuve dans ce Code. Comme il résulte nettement du rapport adressé au Grand Vizir par la Commission de codification, c'est du rite Hanefite que l'on s'est exclusivement inspiré.

En Algérie, la Commission de codification s'est réunie pour la première fois le 27 mai 1905. Elle s'est dissoute le 16 mai 1914 après avoir adopté le 781^e et dernier article d'un Code musulman algérien divisé en quatre livres ;

I. Statut personnel.

II. Statut successoral.

III. Statut réel immobilier.

IV. *Preuves*.

Il convient de remarquer que cette codification ne porte que sur certaines parties du droit. Au point de vue de la place de la preuve, tout ce que nous pouvons constater c'est qu'elle forme l'objet d'un livre spécial. Ainsi nous pouvons en conclure : 1^o Qu'elle ne fait pas partie de la procédure ; 2^o qu'elle ne fait pas partie non plus du droit des obligations. Cela s'explique par le caractère fragmentaire de cette codification (1).

D'autre part, en principe, c'est du rite Malekite que se sont inspirés les codificateurs, sauf quelques emprunts au rite Hanefite à raison de son caractère plus humain (2).

1. Voir l'avant-projet de Code présenté à la Commission de codification du droit musulman algérien par Marcel Morand, Alger et Paris, 1916, p. 12.

2. Morand, *op. cit.*, ci-dessus, p. 13.

La codification du droit musulman en Egypte marque au contraire nettement un réveil de l'*ijtihad*.

L'Egypte est à l'heure actuelle le véritable foyer des études scientifiques musulmanes, à raison de l'existence dans ce pays de la grande Université islamique El Azhar et de l'école des *Kadi*.

Le caractère progressif de cette codification se manifeste particulièrement dans la division et l'ordonnancement des matières. Pour ce qui est spécialement de la place de la preuve, le problème nous semble y avoir trouvé sa solution la plus heureuse.

La codification a porté sur l'ensemble du droit. Elle fut entreprise grâce à l'initiative de Kadri Pacha ; un Code du statut personnel et des successions a été élaboré en 1875 ; ensuite on a rédigé le *Guide de l'Embarassé pour les obligations*, puis le Code des *Wakfs* ; enfin Kadri Pacha avait fait entreprendre la confection d'un Code de procédure, projet qu'il n'a pu terminer. Deux lois récentes, l'une n° 35 de l'année 1909, et l'autre n° 31 de 1910, ont été rédigées sur l'organisation des tribunaux *chârieyah*. Elles forment un Code de procédure par-devant les tribunaux *chârieyah*. Il est divisé en 6 livres :

Livre I. Les juridictions et leur organisation.

Livre II. La compétence.

Livre III. Nomination des magistrats.

Livre IV. Chapitre premier : l'assignation, la mise au rôle, le dépôt des pièces, les *plaidoiries* ; chapitre III : les *preuves* ; chapitre IV : le *jugement* ; chapitre V : les voies de recours.

Livre V. L'exécution des jugements.

Livre VI. Les actes de l'état civil, la transcription.

Les preuves forment ainsi un chapitre de la procédure proprement dite.

CONCLUSION

Voilà à notre avis la meilleure solution du problème que nous étudions.

Or cette solution est évidemment inspirée des docteurs musulmans de l'époque classique puisqu'il ressort assez de nos recherches que la preuve était dans le voisinage ou au sein même du livre des litiges ou des jugements. Comment en pourrait-il être autrement ? Les docteurs musulmans de l'époque classique étaient des réalistes ; ce qui est désiré par beaucoup d'auteurs français, ce qui a été partiellement réalisé dans la législation allemande la plus récente, est pleinement consacré dans la codification musulmane égyptienne. Cette solution est en effet la plus naturelle ; c'est celle qui se rapproche le plus de la vie pratique.

Les Egyptiens ont atteint ce résultat parce qu'ils sont animés d'un vif esprit de progrès. Ce qui le dénote par ailleurs, c'est que dans leur législation la plus récente, ils rompent les chaînes de la période dite des *moukalledin*, des imitateurs et s'affranchissent de la distinction entre les divers rites, ce qui paraît très nettement dans la loi n° 25, du 12 juillet 1920 (1).

1. Cette loi, qui opère une réforme partielle dans la matière du statut personnel, est la première réalisation du projet de

Toutefois nous n'avons pas tout dit sur la place de la preuve dans le droit égyptien. En Egypte, il y a plusieurs législations qui coexistent. Il se trouve donc qu'à considérer l'ensemble de la législation égyptienne, on y voit consacrés tous les systèmes précédemment étudiés. Tous ces systèmes fonctionnent ainsi côte à côte. Nulle autre part qu'en Egypte, on n'est mieux placé pour en apprécier les mérites respectifs. Un comparatiste doit donc trouver dans notre pays un admirable terrain d'études. En même temps que les législations voisinent ainsi, des juristes de divers pays se rencontrent et collaborent dans l'administration de la justice au sein des tribunaux mixtes (1). La science du droit comparé ne peut que s'enrichir d'un pareil contact.

refonte du Code de statut personnel égyptien. Ce projet est dû à l'initiative de feu le Sultan Hussein I que l'affection toute paternelle qu'il avait vouée à son peuple a fait surnommer « le Père du fellah ». La directive principale qu'il avait assignée à la commission nommée à cet effet était d'emprunter aux quatre rites les dispositions les plus dignes de figurer dans la législation nouvelle. La mort prématurée de notre regretté Sultan Hussein appela sur le trône pour lui succéder, notre auguste Souverain actuel, Sa Majesté Fouad I, qui reprit sans perdre de temps le projet de son prédécesseur et n'attendit pas la fin des travaux de refonte entrepris pour en promulguer dans la loi précitée les premiers résultats. *De l'étendue des droits de la femme dans le mariage musulman*, par Abd el Fattah el Sayed bey. Dijon, 1922.

1. C'est pourquoi la création d'une société de législation comparée nous paraît tout à fait opportune.

APPENDICE

La place de la preuve dans le droit égyptien

En Egypte, il convient de faire une place à part aux tribunaux consulaires : ce sont des juridictions pour les étrangers, qui appliquent les lois de leur pays respectif. Leur compétence est assez étendue à raison de l'existence des capitulations (1).

L'étude du droit applicable devant ces tribunaux au point de vue de notre question n'a pas sa place ici. Nous avons en effet étudié plus haut les législations qui présentent plus d'intérêt.

Quant aux tribunaux égyptiens ils appliquent trois sortes de droits et se partagent en trois juridictions différentes :

I. — Les tribunaux mixtes ont été institués en 1876, en vertu d'accords internationaux (2) pour juger les contestations civiles et commerciales entre indigènes et étrangers et entre étrangers de nationalités différentes, à l'exception du statut personnel.

En matière immobilière, ils sont compétents même entre étrangers de même nationalité.

1. Mohamed Bahey Eddine Barakat Bey, *Des privilèges et immunités dont jouissent les étrangers en Egypte vis-à-vis des autorités locales*.

2. Le Traité de Versailles a apporté quelques modifications à cet ensemble d'accords ; mais le problème se pose de savoir quelle est la force obligatoire du dit traité à l'égard de l'Egypte qui n'y fut pas partie et qui jouit aujourd'hui d'une pleine indépendance officiellement reconnue.

En matière pénale, ils connaissent des poursuites pour contraventions de police commises par les étrangers ; mais ils ne jugent que les délits relatifs à la faillite et quelques crimes et délits touchant l'administration de la justice.

Le *corpus juris* qu'ils appliquent est constitué de la manière suivante :

1° La base, ce sont les accords internationaux : Conventions avec la France du 19 septembre 1874, avec l'Italie du 23 janvier 1875, avec l'Allemagne du 5 mai 1875, avec l'Autriche-Hongrie du 28 mai 1875, avec la Grande-Bretagne du 31 juillet 1875, avec la Russie du 27 septembre 1875, etc. ;

2° Le règlement d'organisation judiciaire ;

3° Le règlement général judiciaire ;

4° Enfin les Codes qui sont au nombre de 6 : civil, commercial, commercial maritime, de procédure civile et commerciale, pénal et d'instruction criminelle.

II. — Les tribunaux indigènes ont été institués par décret du 14 juin 1883 ; ils constituent la juridiction du droit commun du pays. Ils connaissent des affaires entre égyptiens en matière civile et commerciale, à l'exception du statut personnel et des *wakfs*.

Ils constituent également la juridiction de droit commun en matière répressive pour toutes les contraventions, délits et crimes commis par les indigènes.

Le *corpus juris* qu'ils appliquent est composé de 6 codes appelés Codes indigènes : civil, de commerce, de commerce maritime, de procédure civile et com-

merciale, pénal et d'instruction criminelle. Ces codes sont calqués sur les codes européens et notamment sur les codes français.

III. — Les tribunaux indigènes de statut personnel sont :

1° Pour les non-musulmans : les patriarchats, les communautés protestantes et les rabbinnats où le chef religieux applique la loi religieuse de sa confession (1).

2° Pour les musulmans :

a) Les *Mahākem Chariyyah*, en vertu du décret du 27 mai 1897.

b) Les *Meglis el Hasby*, institués par le décret du 29 novembre 1896, chargés de statuer sur les incapacités, de nommer les tuteurs des mineurs et des interdits et de contrôler leurs actes de gestion ;

Le *corpus juris* qu'ils appliquent, c'est le droit musulman, *al Chariah* (2).

Quelle est la place de la preuve dans ces divers *corpus juris*.

A. Dans le *corpus juris* mixte ?

Les règles relatives à la preuve se trouvent dispersées partie dans le Code civil, partie dans le Code de procédure civile et commerciale.

Le Code civil est divisé de la manière suivante :

1. Sidarouss Sésostri Bey, *Des patriarchats dans l'Empire ottoman et particulièrement en Egypte*. Paris, 1906.

2. Pour l'organisation judiciaire en Egypte, voir Dr Abd-el-Hamid Abou Haïf Bey, *la Procédure civile et commerciale et l'organisation judiciaire en Egypte*. Introduction, p. 35 et s.

1^o Dispositions préliminaires, articles 1^{er} à 14.

Titre I. Des biens, articles 15 à 117 (118 à 143 abrogés et remplacés par une loi n° 27 de 1906 sur l'expropriation publique).

Titre II. Des obligations, articles 144 à 279.

Titre III. Des différents contrats déterminés, articles 300 à 677.

Titre IV. Des droits des créanciers, articles 678 à 744.

Il est traité de la preuve :

a) Au chapitre VI, titre II. De la preuve des obligations et de la libération, articles 278 à 299.

b) Au chapitre II du titre IV. De la preuve des droits réels, articles 732 à 749.

Le Code de commerce est divisé de la manière suivante :

Chapitre I^{er}. Dispositions générales, art. 1^{er} à 24.

Chapitre II. Des différents contrats commerciaux, articles 25 à 201.

Chapitre III. De la faillite, article 202 à 427.

Il n'est traité de la preuve que dans certains articles qui sont les articles 16, 19, 75 et 309.

Le Code de procédure civile et commerciale est divisé de la manière suivante :

Dispositions préliminaires, articles 1^{er} à 25.

Titre I. Procédure devant les tribunaux, articles 26 à 372.

Titre II. Des voies pour attaquer les jugements, articles 373 à 433.

Titre III. Exécution, articles 434 à 745.

Titre IV. Procédures diverses, articles 746 à 816.

Chapitre X. Des procédures diverses pendant l'instruction de l'affaire, section II. De la procédure en matière de preuves, articles 169 à 313. Cette section est divisée en 7 sous-sections.

1^o Dispositions générales, article 109.

Sous-section I. Interrogatoire des parties, art. 170 à 183.

II. Du serment, articles 184 à 179.

III. Des enquêtes, articles 200 à 256.

IV. Des expertises, articles 257 à 279.

V. Des visites de lieux, articles 280 à 289.

VI. Des vérifications d'écriture, articles 290 à 313.

B. Le *corpus juris* indigène suit le même plan. Il y a toutefois quelques différences.

Voici ses divisions :

1^o Le Code civil, quatre titres (pas de dispositions préliminaires);

Titre I. Des biens, articles 1^{er} à 89.

Titre II. Des obligations, articles 90 à 234.

Titre III. Des différents contrats déterminés, articles 235 à 553.

Titre IV. Des droits des créanciers, art. 554 à 641.

La preuve figure :

a) Au titre II, chapitre VI. De la preuve des obligations et de la libération, article 214 à 234.

b) Au titre IV, chapitre II. De la preuve des droits réels, articles 606 à 621.

2^o Code de commerce, chapitre I^{er}. Dispositions générales, articles 1^{er} à 18.

Chapitre II. Des différents contrats commerciaux, articles 19 à 194.

Chapitre III. De la faillite, art. 195 à 419.

Il est traité de la preuve aux articles 15, 18, 19 et 301 ;

3° Code de procédure, dispositions préliminaires.

Titre unique, articles 1^{er} à 23.

Treize chapitres, articles 24 à 717.

Il est traité de la preuve au chapitre VIII « Des procédures diverses devant le tribunal », section II « De la procédure en matière de preuves » qui contient 6 sections identiques à celle du Code mixte ; articles 152, 153-162, 163-176, 177-222, 223-224, 225-250, 251-272.

En somme, le système adopté dans ces deux *corpus juris* est exactement le même sauf quelques différences dans les numéros des articles. Ce système est étroitement inspiré du système français. Cela se comprend puisque la rédaction des Codes mixtes, les premiers parus, a été confiée à M. Maunoury, avocat français qui a pris comme base les Codes français. Malheureusement, il a parfois trop condensé les articles du Code Napoléon, ou les a divisés d'une manière peu heureuse, ce qui rend le texte laconique, obscur ou quelquefois même contradictoire.

Pour ce qui concerne l'intitulé du chapitre de la théorie des preuves dans les obligations, remarquons que le Code égyptien n'emploie pas la même formule que le Code français. Il a remplacé le mot paiement par le mot libération.

Malheureusement, le texte arabe (1) du Code indi-

1. Le texte arabe du Code égyptien, quoiqu'il soit dit officiellement qu'il est la loi, n'est qu'une traduction. Le texte original est un texte français.

gène constitue une déformation du titre; il est ainsi rédigé : De la preuve des dettes et de la libération.

Notre critique à ce texte embrasse donc :

1° Les mots ; 2° L'ensemble de l'intitulé.

1° Les mots *Diyoun* dettes en arabe, désigne une sorte particulière d'obligations dont l'objet est une somme d'argent. Or le chapitre traite de la preuve des obligations de quelque espèce qu'elles soient ;

2° Il faut aller même plus loin et adresser au Code égyptien les mêmes critiques qu'à celles adressées par les auteurs français au Code Napoléon, car les règles contenues dans ce chapitre sont applicables aux droits réels aussi bien qu'aux obligations, entre les parties (en général).

Il est inutile de revenir sur l'origine de la terminologie du législateur égyptien qui n'a fait que suivre les errements du législateur français lequel a maladroitement copié Pothier.

Pour ces raisons, nous croyons qu'il eût mieux valu intituler ce chapitre : De la preuve des droits et de leur extinction entre les parties.

Le *corpus juris* appliqué par les tribunaux *chariyah*, est formé de quatre recueils :

1° Code du statut réel (1) ;

2° Code du statut personnel ;

3° *Wakf* ;

1. Toutefois ces tribunaux n'appliquent pas ce code, le statut réel étant de la compétence des tribunaux mixtes et indigènes.

4^o Règlement des tribunaux *chariyah* ou en d'autres termes Code de procédure.

Toute la théorie de la preuve, comme nous l'avons dit en étudiant le droit musulman, rentre dans le Code de procédure.

CHAPITRE II

DÉFINITION DE LA PREUVE

La *preuve* au sens le plus large du mot c'est *ce qui persuade l'esprit d'une vérité* (1).

Quand la découverte de la vérité, et spécialement celle d'un fait, est recherchée dans un procès, on se trouve en présence de la preuve judiciaire, qui, nous l'avons vu, est différente de la preuve au sens général du mot, puisqu'elle est une espèce particulière de preuve. Et lorsqu'on veut définir exactement cette preuve judiciaire, on est dans l'impossibilité de trouver une formule adéquate à toute la réalité juridique. La preuve judiciaire n'est pas, bien qu'elle poursuive toujours le même but, la même chose dans toutes les législations.

Il n'y a pas une définition unique et universelle de la preuve judiciaire. Tous les auteurs sont d'accord pour reconnaître que les législations relatives à la preuve se partagent en deux groupes au sein

1. Domat, *les Lois civiles*, livre III, titre VI. Préambule.

desquels la preuve est conçue d'une manière différente.

Il y a les législations qui adoptent le système dit de la preuve libre, dans lequel l'établissement de la vérité du fait est poursuivi par tous les moyens possibles, pourvu qu'on entraîne la conviction du juge.

Il y a celles qui adoptent le système dit de la preuve légale, dans lequel le fait est établi par des moyens exclusivement fixés par la loi et dans lequel la conviction du juge est pour ainsi dire forcée (1).

En réalité, la répartition des législations entre ces deux systèmes ne s'opère pas d'une manière absolue. Il est plutôt vrai de dire que tel ou tel système est la tendance dominante de tel ou tel droit.

Notre objectif est ici de tenter avec la méthode comparatiste, de dégager une synthèse. Nous prenons pour matière d'études les législations qui présentent le plus d'intérêt pour notre sujet, que nous avons énumérées dans notre préambule, les mêmes qui nous ont servi d'objet d'études pour le problème de la place : soit le droit romain, dans l'antiquité, le droit français, le droit anglo-américain, le droit allemand et le droit musulman, pour les législations actuelles.

Toutes ces législations se sont trouvées en présence des mêmes problèmes fondamentaux. Toutes ont, en effet poursuivi le même but : la découverte de la vérité du fait, en justice, mais avec des moyens différents.

1. Mittermaier, *Traité de la preuve en matière criminelle ou exposition comparée, etc.* Trad. Alexandre. Paris, 1848.

Lorsqu'il s'agit de l'établissement de l'existence ou de la non-existence d'un fait, il y a deux moyens d'y parvenir : 1° Le *moyen immédiat* : l'expérimentation personnelle, la constatation directe du juge (par exemple la descente sur les lieux) ; 2° le *moyen médiat* : la constatation d'un tiers, rapportée au juge (témoignage) ou l'écrit, qui fait mention du fait et en constitue la trace, l'aveu, le serment, les présomptions qui sont en somme tous les autres indices possibles et imaginables qui procurent des renseignements indirects pouvant servir de base à une conviction.

Il est évident que dans l'expérimentation personnelle (dans la descente sur les lieux, par exemple, ou l'expertise) la découverte de la vérité n'offre pas de difficultés, car les chances d'erreur sont rares. Aussi le législateur ne se trouve pas en présence de problèmes graves. Cependant il y a la question de savoir si le juge aura la liberté de tenir compte de la connaissance personnelle qu'il a pu avoir de l'affaire hors de l'instruction.

Mais c'est surtout à propos des moyens intermédiaires, qui constituent ce qu'on appelle les preuves proprement dites (1) que s'élève le conflit entre les deux systèmes de la preuve libre et celui de la preuve légale.

La conception de la preuve est différente suivant que l'on adopte l'un ou l'autre de ces deux systèmes.

1. Bonnier, *op. cit.*, p. 106.

Quelle est la conception idéale ? C'est la question que nous avons à résoudre par la méthode du droit comparé. Ce qui nous intéresse, c'est de découvrir l'origine et le développement de la réglementation. Nous devons donc étudier d'abord le droit où elle règne avec le plus d'intensité, soit le droit français, ce qui nous amène à remonter au droit romain.

Le droit italien se confond à peu près avec le droit français, nous en parlerons à l'occasion de ce dernier. Le droit anglo-américain a ses sources propres. Sa théorie des preuves, d'ailleurs originale, se rapproche beaucoup du système de la liberté, en opposition ainsi avec le droit français. Plus franchement rallié au système dit des preuves libres, vient le droit allemand auquel s'apparente étroitement le droit suisse notamment. Nous terminerons cet exposé, forcément limité, avec le droit musulman, dont on peut discuter s'il est pour la preuve libre ou pour la preuve légale. Nous n'aurons pas de peine à démontrer qu'il adopte plutôt, en dernière analyse, le système de la preuve libre. Le droit égyptien est un carrefour de toutes les législations.

§ 1^{er}. — Le droit romain

SECTION I

Procédure des actions de la loi

A. *Caractère de la procédure.* — 1^o Cette procédure est formaliste : Il y a confusion du droit et de

la procédure : Pour exercer son droit il faut suivre un rituel. La sanction du droit se confond avec le droit lui-même. Pas d'action pas de droit (1).

2° Ce n'est que la réglementation de la justice privée.

a) Les parties doivent être présentes toutes les deux, l'autorité du magistrat est limitée ; il ne peut rien hors de la présence des deux adversaires ; il intervient seulement pour conférer l'authenticité à leurs actes ; il constate l'affirmation de la prétention du défendeur et l'autorise à agir (2).

b) L'affaire n'est confiée à un juge que par le libre consentement des parties.

Dans la plupart des actions on ne va pas à l'origine devant un juge, l'action consiste en somme dans la réglementation de l'exercice de la vengeance privée.

Dans l'action *générale* (le sacramentum) (3) « combinaison de la justice privée et de la justice publique » on ne recourt pas en principe à un juge mais à une sorte de jugement de Dieu. En effet, ce que le juge dans la procédure par sacramentum a à connaître, ce n'est pas directement le bien fondé des prétentions des parties, mais le caractère juste ou injuste du serment qu'elles ont prononcé. Il tranche cette question par le moyen d'oracles. C'est une

1. Cuq, *Manuel des institutions juridiques des Romains*. Paris, 1917, p. 804.

2. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*. Paris, 1911, p. 978.

3. Girard, *op. cit.*, p. 988.

cause sacrée dont l'examen appartient aux pontifes (1).

c) Quand les parties sont d'accord pour demander un juge (*judicis postulatio*) ou que le défendeur s'est pourvu d'un *vindex* (dans la *manus injectio*) le juge pour prononcer sa sentence ne subit aucune restriction légale quant aux procédés de preuve.

B. *Notion de la preuve.* — Le système de la preuve libre existe-t-il donc à cette époque ? Nous ne le croyons pas :

1° Le formalisme du droit supprime en quelque sorte le problème de la preuve. Les droits sont matérialisés.

2° Le système de la preuve libre consiste dans le développement de l'autorité du juge, or ici le *judex* est un juré choisi librement par les parties. Le recours au juge ne peut, en effet, avoir lieu qu'à la suite de la *litis contestatio*, un des actes les plus importants de la procédure (2) qui s'est affirmé avec la *judicis postulatio*. Néanmoins on peut voir ici l'aurore du système de la preuve libre (3).

1. Cuq, *op. cit.*, p. 844.

2. Cuq, *op. cit.*, p. 839.

3. Villebrun, *Essai sur l'extension de la preuve par témoins dans le droit moderne*. Thèse. Montpellier, 1909, p. 59.

SECTION II

Procédure formulaire

A. *Caractère général du droit.* — Le droit se détache de la procédure. Le droit a pour objet de régler la conduite des citoyens (1). Il est sanctionné par l'autorité publique. D'un côté il y a le droit, de l'autre, la sanction. Seulement le droit est encore très formaliste.

B. *Caractère de la procédure.* — La procédure se transforme en partie à propos des rapports entre les citoyens et les étrangers dans lesquels le système des actions de la loi est inapplicable, ses solennités étant inaccessibles aux non-latins (2).

L'autorité du magistrat s'accroît :

- a) Les parties peuvent être représentées ;
- b) Le magistrat a un pouvoir étendu dans la détermination de la mission qui est confiée au juge ;
- c) Le procès garde son caractère bilatéral (3). Il n'est lié que par l'accord des parties constaté dans la *litis contestatio*, ainsi le juge est pour ainsi dire

1. Cuq, *op. cit.*, p. 6.

2. Cuq, *op. cit.*, p. 849.

3. A. Fliniaux, *Le sénatus-consulte Juvencien et la litis contestatio* (*Revue historique de droit français et étranger*, n° 1 Paris, janvier-mars 1923, p. 89).

l'homme des parties. Seulement, il est aussi placé sous la surveillance du magistrat (1).

C. *Notion de la preuve.* — Le magistrat ni la loi ne donnent aucun conseil ni ne prescrivent aucune règle pour l'appréciation du fait par le juge (2). A l'époque classique le formalisme disparaît de plus en plus du droit pour faire place à l'équité. Ainsi le système de la preuve libre est largement consacré. Il coïncide avec la subordination de l'intervention du juge à l'accord de volonté des parties.

SECTION III

Procédure extraordinaire

A. *Caractères généraux du droit.* — Dans les derniers siècles de la République et sous l'Empire, le formalisme est largement exclu du droit. C'est alors que se développent les contrats de bonne foi sous l'influence de l'idée d'équité (3).

B. *Caractère de la procédure.* — Il apparaît sous le Haut-Empire une procédure nouvelle (la procédure extraordinaire) dans laquelle le magistrat juge lui-même le procès (4).

Cette procédure était antérieurement utilisée exclusivement dans les procès intéressant l'Etat. L'Etat est ici à la fois juge et partie. Il cite directe-

1. Cuq, *op. cit.*, p. 881.

2. Cuq, *op. cit.*, p. 882.

3. Girard, *op. cit.*, p. 435, 440.

4. Cuq, *op. cit.*, p. 887.

ment son adversaire. L'Etat, représenté par le magistrat, prononce lui-même la sentence.

Cette procédure est appliquée aux procès entre particuliers surtout à partir de Dioclétien (1).

1^o Elle est secrète et écrite ;

2^o La *litis contestatio*, absente à l'origine dans les procès intéressant le fisc (2), importée plus tard dans la procédure extraordinaire par suite de sa fusion avec l'ancienne procédure formulaire (3), sert uniquement désormais à déterminer la phase du procès où les parties formulent leurs prétentions (4). Elle n'a plus le même rôle qu'auparavant. Il en résulte que :

3^o Le jugement peut être prononcé par défaut (5) ;

4^o Le magistrat prononce lui-même la sentence.

Ainsi l'autorité publique a le rôle dominant dans l'administration de la justice.

C. *Conception de la preuve*. — Le système de la preuve libre est progressivement entamé par la réglementation légale (6).

Le juge est soumis quant à l'administration des preuves à certaines restrictions servant à la défa-

1. Cuq, *op. cit.*, p. 887.

2. Fliniaux, *loc. cit.*, n^o 2, avril-juin 1923, p. 189.

3. Fliniaux, *loc. cit.*,

4. Fliniaux, *loc. cit.*, p. 194.

5. Girard, *op. cit.*, p. 1075.

6. Cependant à cette époque le principe de la preuve libre est nettement formulé dans le rescrit d'Adrien rapporté dans la loi VII § 2 *D. de testibus*. «

veur croissante de la preuve testimoniale (1). La bureaucratie a en effet amené avec elle l'écriture (2).

Le témoignage n'est accueilli en justice que s'il est appuyé du serment du témoin (3). Le témoignage d'un *honestior* est toujours préféré. La règle *testis unus, testis nullus* est bientôt proclamée. Pour prouver le paiement, le débiteur est soumis à l'obligation de produire au moins 5 témoins.

La preuve par titres est l'objet d'une réglementation portant sur la valeur perspective des titres (4).

L'interrogatoire, le serment, l'aveu, sont également réglementés.

De cette époque date l'invention juridique des présomptions (5).

Dans certains cas, les témoins ne peuvent pas faire la preuve, il faut présenter un écrit : ainsi pour l'ingénuité, pour l'affranchissement *in ecclesiis*, etc., etc. Enfin, d'une manière générale, la preuve écrite passe avant la preuve orale dans le Bas-Empire.

1. Girard, *op. cit.*, p. 1077.

2. Girard, *op. cit.*, p. 1074.

3. Cuq, *op. cit.*, p. 894.

4. Cuq, *la Théorie des preuves dans l'antiquité* (Bulletin de la Société d'études législatives. Paris, 1918, p. 188).

5. Cuq, *Bull. loc. cit.*, p. 189.

§ 2. — Dans le droit français

Nous allons étudier successivement la conception de la preuve dans :

- 1° La procédure franque ;
- 2° La procédure canonique ;
- 3° La procédure française à l'époque féodale ;
- 4° La procédure française à l'époque de la monarchie absolue jusqu'à la codification ;
- 5° Depuis cette codification.

SECTION I

Procédure franque

A. *Caractère généraux du droit.* — Le droit c'est la procédure, c'est-à-dire qu'il se confond avec la manière de le mettre en œuvre. Si le titulaire d'un droit n'accomplit pas les formes légales, le rituel prévu, il est comme sans droit. La formation du contrat se confond avec sa preuve en justice. Il faut noter aussi que les affaires criminelles ne se distinguent pas des autres (1).

1. Glasson, *Histoire du droit et des institutions d'Angleterre*, t. I, p. 164. Paris, 1882.

B. *Caractère général de la procédure.* — La procédure n'est encore que la consécration de la justice privée sous certaines restrictions qui la canalisent.

Les législations germaniques tiennent le milieu entre deux principes contraires : l'un qui autorise à se faire justice soi-même, l'autre qui oblige à s'adresser avant tout à la justice (1).

1° Cette procédure est essentiellement orale et formaliste;

2° Le juge a un rôle effacé. C'est la partie elle-même qui réalise son droit. Le juge a d'abord pour rôle de constater la liaison de l'instance, la promesse des deux parties de se conformer au jugement. Il ordonne alors de faire la preuve. D'ailleurs très souvent on a déjà passé à des mesures d'exécution (2).

Quoi qu'il en soit, la preuve n'est pas faite au magistrat mais à l'autre partie (3).

Si au jour fixé le défendeur n'apporte pas la promesse de s'exécuter ou ne parvient pas à se disculper, le juge ne peut qu'autoriser le demandeur à exercer une sorte de vengeance privée réglementée.

C. *Conception de la preuve.* — La preuve n'est pas autre chose que l'accomplissement de cérémonies légales, consistant principalement dans la production de témoins qui viennent déposer sous serment. Le juge n'est pas libre d'apprécier les

1. Glasson, *op. cit.*, p. 239.

2. Glasson, *op. cit.*, p. 239.

3. Glasson, *op. cit.*, p. 273.

témoignages, mais de constater que les témoins sont au nombre fixé par la loi (1).

Les moyens de preuves sont minutieusement définis et organisés par la loi. Ce sont : le serment, l'ordalie, les témoins, les écrits.

On pouvait toujours recourir à défaut de témoins, au jugement de Dieu. Entre hommes libres le jugement de Dieu consistait dans le duel judiciaire. Ce procédé est devenu la procédure ordinaire à l'époque féodale.

Les témoins ne sont plutôt que des *co-jureurs* qui viennent par leur serment attester la certitude morale des prétentions des plaideurs.

En définitive, comme à l'époque des *legis actiones*, on n'ose pas, en quelque sorte, exiger du demandeur qu'il prouve à proprement parler son droit. D'ailleurs les formes exigées pour la naissance d'un droit ont pour effet d'enlever à la preuve toute sa portée.

SECTION II

Procédure canonique

A. *Caractère général du droit canonique.* — Inspiré du droit romain, le droit canonique distingue le droit proprement dit de sa sanction. Le décret de Gratien traite à part du droit en général, des droits et devoirs des clercs, etc., ensuite de la forme des

1. Glasson, *op. cit.*, p. 302.

jugements, et des principes de la procédure, enfin des cérémonies religieuses. Le recueil de Grégoire IX traite dans un livre à part, de la procédure. La procédure est dans l'Eglise une véritable science (1).

B. *Caractère de la procédure.* — Elle est une (la même en matière criminelle et en matière civile) et écrite.

Elle est dirigée par le juge. Ce dernier peut rendre un jugement par défaut.

C. *Conception de la preuve écrite.* — C'est le système de la preuve légale dans son intégrité qui est consacré.

Les plus grandes autorités reconnaissent que, même dans le for intérieur, le juge est tenu de rendre sa décision, non d'après ce qu'il sait comme homme, mais d'après ce qu'il a appris comme juge. « *Quum judicium ad judices spectet* » dit saint Thomas d'Aquin (sec. part., quest. 67, art. 2), « *non secundum privatam, sed secundum publicam potestatem oportet eos judicare, nec secundum veritatem, quam ipsi ut personæ publicis, per leges, per testes, per instrumenta et per allegata et probata, res innotuit.* » Et cette doctrine était déjà reconnue un siècle avant celui où écrivait saint Thomas d'Aquin. Nous lisons dans le livre II du commentaire d'Abélard sur l'Epître aux Romains : « *Potest etiam contingere, ut aliqui falsi testes quos tamen repellere non valeamus, aliqua de aliquo imputent, quem*

1. Glasson, *les Sources de la procédure civile française*, Paris, 1882, p. 19 à 21.

innocentem scimus. Quorum quidem testimonia cum id egerint quod eis adjudicatum fuerit, cogimur etiam contra conscientiam nostram gravere innocentem (1). »

Non contents d'affirmer ce principe de l'exclusion de la connaissance personnelle du juge, admis, en général, de tous temps, les canonistes crurent emprunter aux jurisconsultes romains un système qui imposait au juge sa conviction (2). Ainsi la déposition d'un seul témoin ne suffisait pas. On crut, à tort, que les jurisconsultes romains entendaient dans le même sens la règle *testis unus testis nullus*. C'est Constantin qui le premier posa la règle arbitraire qu'un seul témoin ne peut pas faire preuve. Le droit canonique accepta le même principe avec d'autant plus d'empressement qu'il était déjà écrit dans le *Deutéronome*. Deux témoins contrebalançaient l'autorité d'un acte public ; quatre avaient une autorité supérieure à celle de l'acte. Enfin le droit canonique préférait l'aveu à tout autre moyen de preuve.

On s'explique ce système si l'on se souvient des sources du droit canonique. Ce droit s'est largement inspiré du droit séculier des peuples au milieu desquels l'Eglise se développait. Ces emprunts furent particulièrement considérables en ce qui concerne le droit romain ; de plus, dans le droit romain, c'est spécialement celui de la dernière époque qui fit sentir son influence ; les empereurs ont souvent, en

1. Bonnier; *op. cit.*, p. 82.

2. Glasson, *les Sources de la procédure française*, p. 55.

effet, légiféré au profit de l'Eglise. D'ailleurs il est reconnu que le droit canonique fit aussi appel aux coutumes germaniques surtout pour ce qui est de la théorie des preuves.

SECTION III

La preuve dans la procédure féodale

A. Caractère général du droit à l'époque féodale.

— Le droit est *formaliste*, comme à l'époque franque (1). Il n'y a contrat obligatoire donnant naissance à une action en justice qu'autant que l'accord a été formé suivant les solennités de la loi (*ex fide facta*) ou qu'une partie a accompli son obligation (*ex re præstita*). Ainsi on ne distingue pas le droit proprement dit de la preuve.

B. Caractère général de la procédure. — Elle est commune aux affaires civiles et criminelles (2). Il faut se souvenir qu'on est à l'époque des guerres privées. Les violences individuelles sont les voies de droit normales. C'est pourquoi le formalisme est

1. Glasson, *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. II, p. 307.

2. Garçonnet, *Traité de procédure*. Paris, 1899, t. II, p. 229.

nécessaire pour canaliser la justice privée. C'est pourquoi le droit n'est pas encore sorti de la procédure.

La procédure féodale est :

1° Formaliste : comme la procédure franque et celle des *Legis actiones*. Ce formalisme avait pour objet de rendre plus saisissable et plus précis le différend engagé entre les parties. C'était une garantie pour les plaideurs (1).

2° Publique et orale (2).

Dans cette procédure les parties avaient pleine liberté sous la tutelle du juge. Celui-ci avait sans doute le pouvoir de trancher le différend qui s'élevait sur le fond ou les incidents, mais il ne pouvait pas ordonner une preuve sans leur consentement ni rendre une sentence d'office. C'étaient les parties qui, dans leur demande, choisissaient les preuves et limitaient le droit de juger.

Le procès est généralement tranché sur la question de fait par le jugement de Dieu, c'est-à-dire le combat judiciaire.

C. *Conception de la preuve*. — On ne peut pas dire qu'il existe à proprement parler une théorie de la preuve. Le combat judiciaire n'est pas une preuve véritable. Or c'est au moyen âge le plus noble et le plus sûr moyen de décider les procès (3).

1. Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France*. Paris, 1895.

2. Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France*, t. VI, p. 461.

3. Garsonnet, *op. cit.*, p. 231.

Le demandeur fait confirmer ses prétentions par des témoins ou *jureurs* ; l'adversaire peut essayer de faire tomber le témoignage en « poussant » le témoin, c'est-à-dire, en le provoquant au duel judiciaire. Les ordalies de l'époque franque disparaissent peu à peu alors que la bataille prend une extension considérable pour devenir bientôt le principal mode de preuve au civil comme au criminel (1). Le duel judiciaire n'est pas autre chose qu'une régularisation de la guerre privée, dont la faiblesse de la royauté sous les derniers Capétiens, avait favorisé le développement. Ce procédé était en harmonie avec les mœurs guerrières de l'époque féodale. D'ailleurs, si au moyen âge il devient un mode régulier de preuve, c'est à la suite d'un progrès sur l'époque antérieure, sur l'époque des invasions barbares où le duel est une coutume très populaire : on y recourait à tout propos et non pas seulement pour vider les contestations. Le progrès a consisté, comme on ne pouvait le réprimer totalement, à en faire un procédé légal pour le brider dans le réseau des formalités judiciaires.

1. Glasson, *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*. Paris, 1882, t. II, p. 459.

SECTION IV

*La conception de la preuve à l'époque
de la Monarchie absolue*

A. *Caractère général du droit.* — La renaissance des études de droit romain dans la seconde moitié du x^e siècle révolutionne le droit privé (1).

Les principes juridiques de l'époque classique transforment les anciennes coutumes. Le droit criminel se sépare du droit civil. La procédure se sépare du fond du droit.

B. *Caractère général de la procédure.* — Nous avons vu plus haut comment la procédure s'est formée en France d'une manière différente des autres branches du droit.

Les ordonnances royales, celles d'abord de saint Louis, commencèrent par lutter contre le combat judiciaire (2). Pour cela, elles s'attachent à développer une procédure exceptionnelle à l'époque féodale, la procédure d'enquête (3). Cette procédure était propre au droit canonique. C'était une procédure écrite et secrète.

Cette procédure écrite devint rapidement la pro-

1. Esmein, *op. cit.*, p. 780.

2. Glasson, *op. cit.*, p. 460.

3. Glasson, *op. cit.*, p. 463.

cédure de droit commun. La royauté s'efforça d'attirer devant ses propres juges les affaires antérieurement déferées aux juridictions seigneuriales ou ecclésiastiques. Le juge royal cependant ne prend pas une part active à la procédure ; en France on s'est toujours attaché à donner au juge civil un rôle purement passif (1). La procédure s'accomplissait devant lui, mais il n'y prenait pas une part directe. Une ordonnance de Philippe de Valois de 1344 défendait même aux juges de faire des observations aux plaideurs et de fonder leurs décisions sur des faits autres que ceux invoqués par les parties. Ce rôle du juge n'a pas changé en France et encore aujourd'hui il est purement passif.

C. *Conception de la preuve.* — La disparition du combat judiciaire coïncide d'abord avec le développement de la preuve par témoins. Ce mode de preuve est débarrassé du formalisme féodal. Il fut d'abord employé dans les affaires concernant le fisc, au cours d'une procédure par enquête, qui existait déjà avant les ordonnances de saint Louis (2).

Les témoins ne sont plus des cojureurs choisis par les parties, mais par le juge. Ce dernier se détermine d'après son intime conviction. C'est le système des preuves libres. L'origine de cette procédure est due à la découverte qu'en firent les légistes dans le droit romain.

1. Glasson, *les Sources de la procédure civile française*, p. 82.

2. Glasson, *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. II, p. 467.

Cette procédure disparut à l'époque de saint Louis et de ses successeurs, grâce à l'influence prédominante conquise par la procédure canonique, dont s'inspirèrent de plus en plus les ordonnances royales.

Pour ce qui est de la connaissance personnelle du juge, la doctrine qui l'exclut est consacrée dans les ordonnances. Il existe en ce sens une ordonnance de Montil-lez-Tours, d'avril 1455, où Charles VII prescrit aux juges (art. 123) de juger « certainement et selon les choses alléguées et prouvées par devant eux par les parties » (1).

La preuve par témoins était d'ailleurs un des principaux modes de preuve et un procédé de preuve véritable ; dans cette procédure les témoins avaient bien pour rôle d'éclairer le juge, (ils étaient obligés de comparaître, l'adversaire ayant le droit de les reprocher) ; seulement le juge ne se déterminait pas par son intime conviction ; sa réponse était dictée d'avance par le nombre des témoignages.

Le droit canonique, ainsi que nous l'avons vu, emprunta au droit romain la fameuse règle *testis unus, testis nullus*. Ainsi le système des preuves légales est consacré à l'origine de la procédure française, grâce à l'introduction progressive du système du droit canonique (2).

Les ordonnances royales fournirent sous la pres-

1. Bonnier, *op. cit.*, p. 83.

2. Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France*, t. VI, p. 543.

sion des circonstances un apport nouveau à la réglementation de la preuve. L'ordonnance de 1566 amendée définitivement par celle de 1667 posa la règle de la prohibition de la preuve testimoniale pour toutes choses excédant la somme ou valeur de 150 francs.

Ainsi dans l'ancien droit français le système des preuves légales était pleinement consacré ; il liait le juge en lui dictant la valeur probatoire des moyens de preuve, et les parties, en réglant l'admissibilité des différentes sortes de preuve.

SECTION V

La conception de la preuve dans le droit français actuel depuis le Code civil

A. *Caractères généraux du droit.* — C'est la tendance à abandonner de plus en plus la doctrine individualiste du Code civil (1) qui caractérise le droit privé français contemporain. Le droit est bien toujours un droit d'équité comme le droit romain classique, débarrassé de tout formalisme, mais d'équité plus large (2) en ce sens qu'il se préoc-

1. Capitant, *Transformation du droit civil français depuis cinquante ans dans le Livre du cinquantenaire de la Société de législation comparée*. Paris, 1922, t. I, p. 34.

2. Charmont, *la Socialisation du droit* (*Revue de métaphysique*, 1903, p. 380).

cupe non seulement de ménager l'égalité civile mais de protéger les faibles dans la lutte économique.

B. *Caractères généraux de la procédure.* — Les principes les plus importants de la procédure française sont celui de l'égalité des parties, du demandeur et du défendeur notamment quant à l'admissibilité des moyens de preuve, la gratuité et la publicité de la justice ; son caractère essentiel c'est qu'elle est dirigée par les parties (1). C'est aux parties à chercher les moyens d'instruction les plus utiles à leur cause et à les proposer aux juges dont l'office se borne à y présider, s'ils les jugent admissibles et, dans le cas contraire, à les écarter. La procédure civile est sur ce point très différente de la procédure administrative où le juge dirige effectivement le procès. Cependant le juge a le droit de recourir d'office dans l'intérêt supérieur de la justice à certains moyens d'instruction qu'il croit de nature à l'éclairer.

C. *Conception de la preuve.* — Le législateur de 1804 a combiné le système de la preuve libre et de la preuve légale en conservant de l'un et de l'autre ce que la pratique avait consacré, en prenant des précautions pour pallier les inconvénients que l'expérience avait révélés (2).

Le système de la preuve légale consiste dans une double réglementation :

1. Garsonnet, *op. cit.*, t. II, p. 271.

2. Beudant, *Cours de droit civil français. Les contrats et les obligations*. Paris, 1906, p. 597.

1° la liberté des parties peut être limitée quant à l'admissibilité des moyens de preuve ;

2° La liberté du juge peut être limitée quant à l'appréciation des preuves fournies, la loi fixant à l'avance le degré de force probante des divers moyens de preuve.

Le système de la preuve libre est caractérisé par l'absence de restrictions.

On dit que l'éclectisme consiste, dans le droit français :

1° A avoir limité la liberté des parties : la preuve testimoniale n'est admise qu'exceptionnellement ;

2° A ne pas limiter la liberté du juge, qui en principe, apprécie souverainement la valeur de l'élément de conviction produit ; toutefois, ici aussi, il y a des exceptions et, dans certains cas, la loi fixe le degré de force probante pour quelques-uns des moyens de preuve.

Bien entendu le juge ne doit pas faire état de la connaissance qu'il peut avoir personnellement de l'affaire en dehors du tribunal. Par exemple, le juge ne peut fonder sa décision sur un document confidentiel que le seul hasard d'un classement hâtif du dossier du défendeur aurait fait passer sous ses yeux (1). « Mais faire ainsi abstraction des propres souvenirs, dit Bonnier (*op. cit.*, p. 101), est une tâche bien rude pour la faiblesse humaine. Les faits que nous croirons examiner avec la plus scrupuleuse impartialité ne nous apparaîtront plus qu'à travers

1. Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*. Paris, 1922, t. XII, p. 99. Nancy, 30 janvier 1886. *Rec. Sirey*, 86.2.187.

le prisme d'une première impression favorable ou défavorable. Le meilleur parti à prendre en pareil cas pour un juge ou pour un juré, c'est de se récuser. »

Par rapport à l'ancien droit, le législateur de 1804 n'a pour ainsi dire à peu près rien changé en matière civile.

L'évolution du droit privé français depuis le Code civil a forcément provoqué en notre matière l'apparition de tendances nouvelles.

La jurisprudence s'est nettement orientée en faveur du système de la preuve libre. La doctrine est partagée.

La jurisprudence, dont nous n'avons pas à décrire l'évolution quant à son rôle dans la formation du droit, a largement utilisé l'exception que le législateur a apportée à l'interdiction de la preuve testimoniale, à savoir, le commencement de preuve par écrit. Les tribunaux français ont donné la plus large extension possible à la notion du commencement de preuve par écrit. Nous n'avons pas à entrer dans les détails de cette élaboration jurisprudentielle (1). Qu'il nous suffise de dire que l'on est allé jusqu'à considérer comme un commencement de preuve par écrit, quelque chose qui n'a plus rien de l'écrit, à savoir l'aveu, même oral, de l'adversaire. De même, la jurisprudence a procédé à l'extension de la notion suivante : L'impossibilité de se procurer

1. Voir Capitant, *Etudes critiques des restrictions apportées par les articles 1341 du Code civil français, etc.*, dans le *Bulletin d'études législatives*. Paris, 1918, p. 197 et s.

un écrit : deuxième exception apportée par le législateur à l'admissibilité de la preuve testimoniale. Enfin la jurisprudence a étendu la notion du fait matériel, auquel ne s'applique pas l'article 1341 du Code civil (1). L'effet de cette construction jurisprudentielle a été d'abord de rendre une certaine dose de liberté aux parties. Les plaideurs se heurtent beaucoup moins souvent que le législateur ne l'avait souhaité, à l'interdiction de recourir à la preuve par témoins. Le nombre des moyens de preuve entre lesquels ils peuvent choisir s'est donc accru.

Ensuite, et surtout, les tribunaux se sont procurés à eux-mêmes une plus grande liberté, de plus larges pouvoirs. En permettant aux plaideurs d'offrir plus souvent à leur appréciation des témoignages oraux au lieu et place d'actes écrits, le juge s'ouvre un domaine de recherches qui laisse une plus grande place à l'arbitraire de la décision. L'écrit est sec et précis. Les motifs des jugements qui ne peuvent être basés que sur un écrit sont forcément limités par cette sécheresse et cette précision. Les déclarations orales d'un témoin fournissent une matière infiniment plus riche, plus nuancée et plus souple pour l'élaboration des motifs. Le domaine du fait qui, dans le droit français, est laissé à la libre appréciation du juge, devient ainsi considérablement étendu.

Les causes de cette élaboration jurisprudentielle sont complexes. Il est certes téméraire de prétendre

1. Capitant, *loc. cit.*, p. 198.

les dégager nettement. Sans craindre de se tromper on peut très bien avancer que l'exemple de la procédure commerciale et de la procédure criminelle n'y ont pas été étrangers. De même l'exemple des législations plus récentes, de la législation allemande notamment, n'a pas laissé d'y contribuer lui non plus. Enfin, l'évolution générale du droit positif, de l'individualisme à une plus grande socialisation, marquée par de si fréquentes interventions législatives, provoquée par l'évolution concomitante de la vie sociale et économique, n'a-t-elle pas ici marqué sa trace ? Les tribunaux sont encore plus rapprochés que le législateur de la vie pratique. Y-a-t-il dans la liberté de la preuve une manifestation d'individualisme ou une manifestation de solidarisme ? Nous serions assez tenté d'y voir une manifestation de solidarisme par ce fait que cette liberté de la preuve profite surtout à l'autorité du juge, comme notre aperçu historique permet de l'affirmer. N'est-ce pas aux époques de l'histoire où le juge est un magistrat puissant (comme dans celle de la procédure extraordinaire romaine et dans celle de la procédure *per inquisitionem* des origines de la monarchie, — où c'est l'Etat qui plaide contre l'individu, devant un juge de l'Etat, investi du maximum de prérogative) que nous voyons constamment triompher le système de la liberté de la preuve ?

Dans la doctrine se manifestent des tendances opposées.

Un nombre important des jurisconsultes les plus autorisés approuve la politique restrictive du Code

civil et la part assez large qu'il conserve au système des preuves légales.

Beudant (1) : « Les esprits absolus peuvent critiquer ce système (celui du C. c.), comme ils critiquent toute transaction. La pratique, quoique gênée quelquefois par lui, le trouve sage et prévoyant... Le système des preuves morales (libres) est la consécration de l'arbitraire du juge et la négation de l'idée de droit (2)... Cette manière de comprendre la preuve (le système des preuves libres)... présente un avantage incontestable. Elle laisse aux parties toute liberté de prouver leur droit, comme elles l'entendent ou le peuvent ; d'autre part, elle laisse au juge toute liberté de suivre sa conviction ; en d'autres termes, elle respecte la liberté de la preuve chez les parties et chez le juge. »

« Mais elle présente un inconvénient non moins incontestable. Admettre la conviction comme preuve suffisante, c'est s'en remettre à l'appréciation discrétionnaire du juge, ce qui est, en définitive, la négation du droit. Le système serait parfait avec un juge idéal ; il est dangereux avec un juge humain, forcément faillible ; il deviendrait désastreux avec un juge partial ou prévenu. On peut être ou se croire convaincu sans être éclairé ni même avoir songé à s'éclairer, et on peut se dire convaincu sans l'être en réalité. »

« Si le législateur français a conservé ce système

1. Beudant, *op. cit.*, p. 597.

2. Beudant, *op. cit.*, p. 596.

en matière pénale, cela ne tient pas à ce qu'il le considère comme le meilleur, mais à ce qu'il n'a pas cru pouvoir faire autrement. Le législateur a admis le système en matière criminelle par crainte que les jurés ne fussent pas toujours en état d'analyser et de formuler les raisons de leur conviction ; puis le système une fois admis en matière criminelle a été étendu avec quelques atténuations aux matières correctionnelles et de police. »

« L'inconvénient du système de la preuve morale est manifeste. On n'est jamais tranquille devant un juge dont la justice est faite d'impressions et de sentiments et qui n'est pas tenu de dire pourquoi il pense d'une manière ou d'une autre. »

« Aussi est-ce un fait historique constant que l'application du système de la preuve morale reposant sur l'idée de la seule conviction intellectuelle a fait apparaître par réaction et en haine de l'arbitraire, le système opposé, dit de la preuve légale (1). »

Beudant prétend en effet qu'« historiquement », « c'est seulement assez tard, sous la pression des faits et de l'expérience, que la loi a entrepris de réglementer les modes de preuve et leur autorité ». « La plupart des législations primitives ne contiennent qu'un petit nombre de règles à cet égard. Le droit romain notamment, même dans son dernier état est très laconique (2). »

Que l'on nous permette une observation. D'abord,

1. Beudant, *op. cit.*, p. 586-587.

2. Beudant, *op. cit.*, p. 589.

il nous semble assez osé de classer le droit romain parmi les législations primitives : Ensuite et surtout nos développements historiques démontrent au contraire, que de l'avis des meilleurs auteurs, la réglementation de la preuve est au contraire considérablement développée dans les législations primitives, dans le droit franc, à l'époque féodale en particulier. Voilà une remarque que nous pourrions faire dès l'abord. Quant au fond même de l'argumentation de Beudant, nous nous réservons de la discuter ultérieurement.

Beudant est un des auteurs qui ont le plus discuté des mérites réciproques du système des preuves libres et de celui des preuves légales. La plupart des auteurs sont assez brefs sur ce sujet.

Demolombe (1) : « Les considérations supérieures d'ordre public et de sécurité sociale qui ont fait admettre, en matière criminelle, un régime de preuves différent et beaucoup plus large, n'existent pas en effet, au même degré, dans les matières civiles, les parties ayant généralement dans ces sortes de matières, la possibilité de se procurer des preuves écrites.

« Ce n'est pas à dire, sans doute, que ce régime restreint des preuves en matière civile ne puisse pas produire dans ses applications particulières, certaines injustices.

« Mais c'est presque toujours à ce prix seulement

1. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*. Paris, 1876, t. XXIX, p. 195.

que le législateur peut procurer à la société le bienfait des règles générales même les plus protectrices.

« Et celle-ci est bien de ce nombre par la puissante garantie qu'elle assure au patrimoine et à tous les droits des citoyens. »

Le système du Code civil est également approuvé par Baudry-Lacantinerie et Barde (1).

« Le législateur, pour prévenir les dangers que peut faire courir aux particuliers l'arbitraire du juge, a d'abord énuméré limitativement les modes de preuve ; il a déterminé en outre dans quels cas et sous quelles conditions chacun de ces modes de preuve peut être admis pour servir de base à un jugement. »

Enfin, dans leur *Cours élémentaire de droit civil français* (2) MM. Colin et Capitant apportent eux aussi leur adhésion, au système du Code civil ; « Il y a plusieurs systèmes de preuves : le système dit de la preuve morale... Ce système qui a peut-être été général à l'origine des sociétés humaines ne fonctionne plus aujourd'hui chez nous qu'en matière criminelle où encore il comporte beaucoup de tempéraments. »

« Le système de la preuve légale consiste, au contraire, à déterminer *a priori* les éléments de conviction que les plaideurs sont admis à soumettre aux

1. *Traité des obligations*, 3^e édition. Paris, 1908, t. III, p. 416.

2. Paris, 1921, p. 198.

juges. C'est celui qui prévaut encore aujourd'hui chez la plupart des nations civilisées. »

Tous ces auteurs évidemment sont d'accord pour approuver la prohibition de la preuve testimoniale prononcée par l'article 1341 du Code civil. C'est en effet la manifestation la plus tangible de la part accordée dans le droit français par le Code civil au système des preuves légales.

Dans « son étude des restrictions apportées par les articles 1341 du Code civil français et 1341 du Code civil italien à la recevabilité de la preuve testimoniale » (1), M. Capitant se prononce pour le maintien de cette disposition législative. Toutefois l'éminent professeur n'élève aucune critique contre l'évolution jurisprudentielle qui a changé la portée d'application de l'article 1347 (relatif au commencement de preuve par écrit). Pour lui ce texte constitue même « la soupape d'échappement, pourrait-on dire, par laquelle pourra passer le droit du créancier qui sans elle risquerait de se trouver parfois injustement paralysé ». Il va même jusqu'à proposer au législateur d'aller au delà des limites atteintes par la jurisprudence, en ce sens que la preuve testimoniale deviendrait admissible non seulement avec le commencement de preuve par écrit mais aussi lorsque des présomptions ou indices, résultant de faits dès lors constants, sont assez graves pour déterminer l'admission des témoignages (citation par Capitant, p. 226 de Laurent, avant-projet de revision du Code civil belge, 1884, t. IV, p. 363).

1. *Loc. cit.*, ci-dessus, p. 190.

Cela n'empêche pas que l'éminent professeur reste profondément convaincu de la nécessité d'une certaine restriction et ce dans l'intérêt des particuliers : « L'obligation de dresser un écrit, dit-il, protège les contractants contre un engagement pris à la légère. » « L'écrit est le meilleur moyen d'éviter plus tard des contestations sur les termes mêmes et les effets de la convention, car il permet de déterminer quelle a été l'intention des contractants. » Ainsi il reste au fond attaché au système de la preuve légale, considéré comme un principe qui doit, toutefois, comporter de larges exceptions.

Au contraire, nous trouvons quelques auteurs français qui répudient plus ou moins nettement cette théorie.

C'est d'abord Bonnier, un spécialiste de la théorie des preuves en droit français :

« Le développement des preuves légales dans l'Europe moderne coïncide avec les progrès de l'institution des tribunaux permanents. Est-ce à dire qu'il faille considérer ce système comme essentiel à la magistrature et réserver au jury la faculté de se décider d'après une intime conviction, dégagée de toute règle préconçue ?

« Cette opinion, soutenué par certains théoriciens, nous paraît démentie par l'expérience. Est-ce que les magistrats à Rome ne prononçaient pas eux-mêmes *extra ordinem* ; sans être astreints jusqu'au Bas-Empire, à d'autres règles qu'à celles de la raison ? Est-ce que nos tribunaux, soit en matière civile, soit en matière correctionnelle ou de police, ne statuent pas

tous les jours sur des questions de fait avec autant de bon sens que pourraient en avoir des jurés ?... » « Mais si la raison ne permet pas d'adopter, ajoute Bonnier, comme règle générale, le système des preuves purement légales, on ne saurait malheureusement dans un état de civilisation avancé, prendre toujours pour type la procédure domestique. Il devient nécessaire d'assujettir à certaines formes la constatation des faits plus importants. » Notre auteur, malgré cette restriction, semble bien néanmoins prendre le contre-pied des auteurs précédemment passés en revue, et, sans se soucier du danger provenant de l'arbitraire du juge, poser le principe de la preuve libre.

Beaucoup plus catégorique est la condamnation prononcée contre le Code civil par M. Acollas dans son *Manuel de droit civil*. Paris 1874, t. II, p. 927.

« Tenue de la sanction, la société a-t-elle le droit de limiter la preuve ? Tous sont-ils autorisés à dire à chacun : Si tu prouvais ton droit, nous devrions assistance à ce droit, mais nous t'empêcherons de le prouver et nous en entraverons la preuve.

« L'esprit légiste, le contraire de l'esprit du droit, a toujours résolu cette question, au recours de la raison la plus certaine ; le Bas-Empire commença à réglementer la preuve ; le moyen âge recueillit et développa l'enseignement du Bas-Empire ; et c'est presque un axiome de la fausse science juridique actuelle que le législateur a le droit de restreindre la liberté de la preuve.

« L'idée vraie est l'idée opposée : tout individu

doit être laissé libre de prouver son droit, comme il entend le faire.

« Et cet axiome-là n'est pas seulement fondé sur la base même du droit nous voulons dire sur l'autonomie de l'individu, il est commandé par la nature de la preuve.

« Qu'est-ce que la preuve, en logique, abstraite ou concrète ?

« Interrogez les métaphysiciens, ceux qui comptent dans l'histoire de la pensée, tous répondront que l'homme n'arrive qu'à la connaissance subjective de la vérité.

« Passez ensuite en revue vos propres appréciations personnelles, dénombrez, si vous le pouvez, les erreurs de vos tribunaux, et cela fait, osez prétendre que votre système restrictif est dans le courant du progrès humain, osez affirmer que plus on emprisonne la recherche de la vérité, plus on multiplie les chances de rendre cette recherche féconde... »

Tel est dans le droit français l'état de la doctrine relativement au choix à faire entre les deux systèmes de preuve.

Si nous passons en revue les définitions de la preuve communément employées, il sera facile de voir qu'elles traduisent nettement la préférence accordée au principe de la réglementation (1).

1. Toullier, *le Droit civil français*, livre III, 1830, t. VIII, p. 8.

« On appelle preuve, en jurisprudence, les manières

§ 3.— La conception de la preuve dans le droit anglo-américain

Nous étudierons successivement :

- 1° L'époque anglo-saxonne (de 500 à 1100) ;
- 2° L'époque après la conquête normande (de 1100 à 1215) ;

réglées par les lois, pour découvrir et pour établir avec certitude la vérité d'un fait contesté. »

Parmi les auteurs de l'ancien Régime (1757), Dantý, *Traité de la preuve par témoins*. Observations générales, n° 4.

« C'est une conséquence légitime qui résulte d'un fait évident dont la certitude fait conclure qu'un autre fait dont on ignorait la vérité est véritable ou ne l'est pas. »

Domat, *Lois civiles*, t. I, partie I, liv. III, tit. VI, sect. I, n° 1.

« On appelle preuves en justice les manières réglées par les lois pour découvrir et pour établir avec certitude la vérité d'un fait contesté. »

Au sens général « ce qui persuade l'esprit, d'une vérité ».

Larombière, *Traité théorique et pratique des obligations*, t. IV, 1855, p. 175.

« Le mot preuve, appliqué aux faits qu'il s'agit d'établir en justice, signifie la justification de la vérité des allégations produites par l'une ou l'autre des parties, à l'aide des éléments de conviction autorisés par la loi. »

Laurent, *Principes de droit civil français*, t. XIX, p. 79.

« La preuve est la démonstration légale de la vérité d'un fait. »

Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XXIX, 1876, p. 181.

« Le mot prouvé dans son acception générale signifie la démonstration de la vérité d'un fait.

« Juridiquement, c'est la démonstration de la vérité d'un fait qui est affirmé dans une instance par l'une des parties et qui est nié par l'autre. »

Garsonnet, *Traité de procédure*, t. II, p. 477, 1898.

« Prouver, c'est établir la vérité d'un fait contesté pour en

3° L'époque de l'ancien droit anglais (depuis la Grande Charte) de 1215 à 1500 :

4° L'époque moderne, de 1500 à 1790 ;

5° L'époque contemporaine (1790 à nos jours).

faire dépendre le droit ; c'est l'action des parties qui soumettent au juge les éléments de conviction propres à justifier les faits allégués par elles, ou du juge qui prescrit lui-même les mesures propres à déterminer sa conviction. »

Glasson, *Précis de procédure civile*, t. I, 1908, p. 744.

« Prouver, c'est soumettre au juge saisi d'une contestation des éléments de conviction de nature à établir la vérité du fait allégué par l'une des parties ou contesté par l'autre. »

Beudant, *Cours de droit civil français. Les contrats*, Paris, 1906, p. 584.

« Prouver, c'est soumettre au juge les éléments légaux de conviction propres à établir la réalité et l'exactitude d'un fait allégué et indirectement le bien fondé d'une prétention émise. »

Baudry-Lacantinerie et Barde, *Des obligations*, t. III, p. 415.

« Dans la langue du droit, le mot preuve désigne « la démonstration, à l'aide des moyens autorisés par la loi de l'exactitude d'un fait qui sert de fondement à un droit prétendu. »

Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, p. 135.

« On appelle preuve tout procédé employé pour convaincre le juge de la vérité d'un fait. »

Aubry et Rau, t. XII, p. 62.

« Prouver, c'est de la part de l'une des parties, soumettre au juge saisi d'une contestation des éléments de conviction propres à justifier la vérité d'un fait qu'elle allègue et que l'autre dénie, fait que sans cela le juge ne serait ni obligé, ni même autorisé à tenir pour vrai. »

Capitant, t. II, p. 197.

« Prouver, c'est faire reconnaître en justice la vérité d'une allégation par laquelle on affirme un fait d'où découlent des

Première époque : anglo-saxonne (de 500 à 1100) (1).

A. *Caractères généraux de cette époque* : C'est le droit des saxons qui est en vigueur. Il ressemble beaucoup au droit de l'époque franque sur le continent. Comme dans la loi salique, dans les lois anglo-saxonnes, le droit est formaliste (2). Il se confond avec la procédure. On ne distingue pas les affaires criminelles des affaires civiles. Dans ce système des lois barbares, on commence par se rendre justice à soi-même, en tant qu'il s'agit de prendre des garanties ; cependant le magistrat doit intervenir pour attribuer au créancier les biens du débiteur, seulement on ne peut pas dire qu'il y ait à proprement parler l'établissement d'une preuve auprès du magistrat (3).

conséquences juridiques. Les preuves ce sont les éléments de conviction que les parties sont autorisées à soumettre à la justice.

Demogue, *Notions fondamentales du droit privé*. Paris, 1911, p. 542.

« Prouver, c'est faire qu'une chose, qu'un événement, qui avait une existence réelle soit connu comme tel par le juge », « c'est déterminer sa conviction (ou dans le système des preuves légales, forcer sa conviction) pour qu'il en déduise des conséquences juridiques ».

1. Il y a d'autres manières de diviser l'histoire du droit anglais. Celle-ci est inspirée de Wigmore parce que nous nous sommes placé au point de vue de la preuve.

2. Glasson, *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*. Paris, 1882, t. I, 160.

3. Glasson, *op. cit.*, p. 239.

B. *Conception de la preuve.* — La preuve consiste dans des pratiques superstitieuses, dans un appel à la divinité (ordalie) (1). En matière civile, il est vrai, ce moyen était rarement employé (2). Mais il faut reconnaître que les autres procédés n'en différaient guère. Il y avait le serment judiciaire, serment prêté par le plaideur, confirmé par un certain nombre de ses pairs : cojureurs, compurgatores (3). Le nombre de ces derniers variait suivant l'objet du litige. Cependant, il y avait bien, semble-t-il, une preuve proprement dite, employée en matière civile, la preuve par témoins ou par écrit.

Cette preuve ne paraît pas être réglementée ; on a peu de renseignements à son égard (4).

D'autre part il y avait aussi une autre sorte de preuve, la preuve par le jury qui était peut-être une preuve véritable.

Le jury existait au temps des Saxons, croit-on, dès avant la conquête normande (5).

Le jury est chargé, semble-t-il, de prononcer sur la question de fait, le magistrat, de lier le procès.

En réalité, dans l'ancien droit anglais, le jury n'est qu'un mode de preuve par témoins que les parties peuvent demander ou que le juge peut ordonner d'office suivant la nature de l'affaire. Or, les jurés

1. Glasson, *op. cit.*, p. 241.

2. Glasson, *op. cit.*, p. 242.

3. Glasson, *op. cit.*, p. 250.

4. Glasson, *op. cit.*, p. 255.

5. Glasson, *op. cit.*, p. 260.

ne doivent statuer qu'en vertu d'une intime conviction (1). C'est pourquoi cela paraît être un système de preuve libre. Mais les jurés n'expriment en somme que la connaissance personnelle qu'ils ont de l'affaire. Leur décision s'impose au magistrat à condition que le jury soit constitué régulièrement ; pour le magistrat, la preuve est donc légale ; quand le jury sera un véritable juge du fait, cet élément de preuve légale disparaîtra. En attendant, on peut bien dire que le formalisme règne toujours.

Deuxième époque : Après la conquête normande
(1100-1211)

A. *Caractères généraux du droit et de la procédure à cette époque.* — Le droit anglo-normand, résultat de la fusion entre les institutions saxonnes et normandes, est caractérisé par l'introduction du droit féodal dans le droit barbare primitif, en même temps que par une certaine intervention de l'influence du droit romain.

Le droit reste formaliste. Pas d'action en justice si l'accord n'a pas été constaté par un acte judiciaire, par écrit ou devant témoin. La loi *salique* demeure ici prépondérante.

La procédure féodale apportée par les Normands s'est définitivement installée, maintenue et déve-

1. Glasson, *op. cit.*, p. 268.

loppée (1). Les juridictions du Roi ont toujours repoussé les principes du droit canonique. En France, les choses se sont passées bien autrement, et ainsi s'expliquent toutes les différences qui ont de plus en plus séparé les procédures des deux pays.

Les deux principes fondamentaux de la procédure féodale sont la publicité et les débats oraux (2). Cette procédure aboutissait au point de vue de la preuve, à accorder la préférence au combat judiciaire, au duel, qui n'était pas un mode de preuve proprement dite, mais une sorte de jugement de Dieu.

Le duel judiciaire, introduit en Angleterre par les Normands (3), n'en fut pas éliminé comme en France par un recours à la procédure canonique (4) (ordonnance de 1260) ; mais par la généralisation ; grâce à Henri II de la procédure usitée en matière de procès contre la Couronne « la procédure d'enquête » (5).

Or cette procédure d'enquête a contribué à transformer une institution, qui existait déjà antérieurement : nous voulons parler du jury (6).

Ces événements ont considérablement influé sur la conception de la preuve.

B. *Conception de la preuve.* — En France, après l'abolition du combat judiciaire et le recours à la preuve testimoniales (mode de preuve le plus sim-

1. Glasson, *op. cit.*, t. II, p. 413.

2. Glasson, *op. cit.*, t. II, p. 417.

3. Glasson, *op. cit.*, t. II, p. 456.

4. Glasson, *op. cit.*, t. II, p. 470.

5. Glasson, *op. cit.*, t. II, p. 471.

6. Glasson, *op. cit.*, t. II, p. 472.

ple et le plus normal), l'influence canonique provoque l'étroite réglementation de ladite preuve testimoniale (1). Ainsi l'histoire de la théorie des preuves débute, dans le royaume des Capétiens, avec l'adoption du système des preuves légales.

En Angleterre, au contraire, quand Henri II eut généralisé la procédure d'enquête (propre à l'origine au procès contre la Couronne), cette procédure, basée sur l'utilisation du jury comme une sorte de preuve par témoins, provoque le développement de cette institution du jury et la rend populaire auprès de tous ceux, très nombreux, auxquels le duel judiciaire n'inspirait qu'une médiocre confiance (2).

Ces jurés, à l'origine, sont de véritables témoins : ils statuent d'après leur connaissance personnelle de l'affaire(3). Ils sont choisis « in vicineto », dans le voisinage. Ce sont des *recognitores*. Ils ressemblent certes beaucoup aux anciens *cojuratores*. Le jury est ainsi né de la preuve par témoins (4).

Le fait saillant c'est que ce jury devient un véritable juge et avec cette transformation le système de la preuve libre est désormais consacré. Mais cette transformation du jury en organe de jugement n'est vraiment un fait accompli qu'à l'époque suivante.

1. Glasson, *op. cit.*, t. II, p. 475.

2. Glasson, *op. cit.*, t. II, p. 483.

3. Glasson, *op. cit.*, t. II, p. 484.

4. Glasson, *op. cit.*, t. II, p. 490.

Troisième époque : de l'ancien Droit anglais
depuis la Grande Charte (1215 jusqu'à 1500)

A. *Caractères généraux du droit et de la procédure à cette époque.* — Le droit anglais échappe désormais à l'influence du droit normand et se développe avec une entière liberté, conformément au génie de la nation (1). Le droit romain se trouve aussi indirectement atteint par cet événement, car c'est surtout par l'intermédiaire de la Normandie qu'il avait pénétré en Angleterre (2).

Ce qui différencie dorénavant la procédure anglaise de la procédure française, c'est l'intervention du jury dans la solution de la question de fait (3).

Le *fondement du jury* repose désormais sur l'article 29 de la Grande Charte qui pose le principe du *jugement de tout homme libre par ses pairs*. C'est surtout pendant cette période que le jury a changé de caractère et a subi l'influence du jugement par les pairs. Les jurés avaient été jusqu'alors une sorte de témoins ; ils devinrent à partir du règne de Henri II de véritables juges du fait (4).

B. *Conception de la preuve.* — Le principe fondamental de cette procédure par le jury, c'est que le jury est appelé à statuer d'après son intime conviction. Chaque juré prête le serment d'émettre,

1. Glasson, *op. cit.*, t. III, p. 4.

2. Glasson, *op. cit.*, t. III, p. 4.

3. Glasson, *op. cit.*, t. III, p. 406.

4. Glasson, *op. cit.*, t. III, p. 410.

d'après les preuves, un verdict conforme à la vérité (1). A cet effet, ils peuvent être éclairés par tous les moyens de preuve, soit orale, soit écrite; ils peuvent notamment entendre des témoins (2). On doit fournir devant eux de véritables preuves. C'est le système de la preuve libre qui est désormais pleinement consacré (3).

Quatrième époque : Epoque moderne (de 1500 à 1790)

A partir du xv. siècle, la théorie de la preuve, qui débute avec le principe tacite de la liberté, est l'objet d'une réglementation progressive.

A l'origine, devant le jury, dont l'intervention était nécessaire toutes les fois que le sort du procès dépendait de l'exactitude, mise en doute, de certains faits, les parties étaient libres de faire la preuve par tous les moyens, aussi bien par témoins que par écrit. On admettait comme témoin toute personne qui avait atteint l'âge de raison quels que fussent son âge et sa nationalité (4). Toute espèce d'écrit pouvait également servir indifféremment de moyen de preuve. Quel que soit l'objet du litige, tous les moyens de preuves possibles étaient recevables.

Le jury appréciait la valeur des preuves fournies. Les témoignages se pesaient et ne se comptaient

1. Glasson, *op. cit.*, t. III, p. 413.

2. Glasson, *op. cit.*, t. III, p. 413.

3. Mittermaier, *Traité de la preuve en matière criminelle*, traduit par Alexandre. Paris, 1848, p. 82 et 88.

4. Glasson, *op. cit.*, t. V, p. 550.

pas. Ainsi, se trouvait pleinement consacré le système de la preuve par l'intime conviction (1).

Ce système fut adopté tout naturellement à la suite de la transformation du jury (2). Quand les jurés ne furent plus des sortes de témoins, qui devaient statuer d'après leur connaissance personnelle de l'affaire, mais de véritables juges sur la question de fait, il fallut bien leur permettre de se renseigner, et à l'origine on ne songea pas à limiter leur liberté sur ce point.

Ainsi que nous l'avons exposé au chapitre I (3), c'est sur l'admissibilité des preuves que l'on se propose de présenter au jury que porta la réglementation. Jamais celle-ci ne vint s'exercer sur la valeur probante des moyens de preuve (4).

Cette réglementation s'est développée en deux étapes. Dans la première, le législateur et la jurisprudence procèdent au hasard des circonstances et d'une manière fragmentaire; dans la seconde, à partir surtout de 1790, on opère d'une manière plus systématique. Nous renvoyons donc au paragraphe 5 l'étude des réformes postérieures à 1790.

Au début, c'est-à-dire vers la fin du xvi^e siècle, la réglementation de l'admissibilité se manifeste par une première règle d'exclusion des témoignages dont nous avons déjà parlé. C'est la règle des disqualifications ou récusations des témoins (5).

1. Glasson, *op. cit.*, t. V, p. 550.

2. Glasson, *op. cit.*, t. V, p. 148.

3. V. *suprà*, p. 45.

4. Glasson, *op. cit.*, t. V, p. 550.

5. Wigmore, *op. cit.*, p. 108.

Il est naturel qu'on ait commencé par là. Déjà, à l'époque où les jurés n'étaient que de simples témoins, ils pouvaient être récusés (1). Quand ils furent devenus des juges, le pouvoir de récusation s'étendit aux témoins appelés devant eux. C'est ainsi que l'on considéra d'abord comme indignes de déposer en justice, les personnes qui auraient pu être récusées comme jurés *propter delictum* (2). D'autre part, on écarte les infirmes et les personnes intéressées au procès.

Il fallut aussi très rapidement poser la règle de l'obligation du témoignage en justice.

« *Compulsory attendance of witnesses* (3). » Nous avons expliqué dans notre premier chapitre les raisons de l'apparition de cette règle. D'ailleurs il est à remarquer qu'on s'est contenté en somme à ce sujet de généraliser un principe qui était déjà consacré en matière de procès contre la Couronne (4).

Vers la même époque apparaît la garantie que l'on accorde à la partie de ne pouvoir être contrainte de fournir des preuves contre elle-même (5) (*privilege against self crimination*). De même (fin du xvii^e s.) la règle que l'on ne doit pas se servir comme preuve du caractère moral de la personne incriminée (6) (*the rule against using an accused character*).

1. Glasson, *op. cit.*, t. III, p. 412.

2. Glasson, *op. cit.*, t. V, p. 550.

3. Wigmore, *op. cit.*, p. 108.

4. Wigmore, *op. cit.*, p. 109.

5. Wigmore, *op. cit.*, p. 109.

6. Wigmore, *op. cit.*, p. 109.

En 1677, le statut des fraudes du règne de Charles II vient restreindre la preuve par témoin (1), en exigeant la rédaction d'un écrit pour les ventes d'immeubles ou de droits réels immobiliers, pour toute convention dont l'exécution est reportée à un an au moins, pour toute vente de meubles à partir de 10 livres, à moins que l'acquéreur n'entre immédiatement en possession de tout ou partie des objets vendus, ou ne donne des arrhes à compte sur le marché (st. 29, ch. II, st. 3 et 17) (2).

Ce statut important avait pour objet de prévenir les aliénations et les baux frauduleux qui avaient jusqu'alors jeté beaucoup de troubles dans le régime de la propriété (3).

Grâce à la révolution de 1688 et au mouvement de réformes qui l'a suivi sous Charles II, au moment de la Restauration, les règles exposées ci-dessus, comme le dit Wigmore, et, spécialement, le « *privilege against self incrimination* » et « *the character rule* » trouvent leur pleine reconnaissance (4).

Au commencement du XVIII^e siècle apparaît la règle de la « *cross examination* » qui donne à la *Law of Evidence* le caractère de posséder le procédé le plus efficace qui ait jamais été inventé pour trouver la vérité (de même que la torture, le grand instrument du système continental, est le plus sûr

1. Glasson, *op. cit.*, t. V, p. 546.

2. Glasson, *op. cit.*, t. V, p. 546 et Wigmore, *op. cit.*, p. 109.

3. Glasson, *op. cit.*, t. V, p. 281.

4. Wigmore, *op. cit.*, p. 109.

moyen d'engendrer l'erreur), ainsi que le fait remarquer Wigmore, non sans humour (1).

A la fin de notre période, c'est-à-dire au cours du XVIII^e siècle apparaît une nouvelle pièce de la réglementation qui n'a pas sa source dans le droit positif mais dans le travail de la jurisprudence et de la doctrine (2) la règle de la « *best evidence* ».

En vertu de cette règle, on ne peut apporter en justice que la meilleure preuve (3).

Cette exigence restreint la liberté des parties quant aux moyens de preuve. Elle conduit souvent à exiger un écrit ; toutes les fois que le contrat dont on demande à faire la preuve en justice a été constaté par écrit, l'écrit doit être produit, s'il existe encore et s'il peut être fourni. Cette règle permet d'obtenir du témoin (4) la meilleure version des faits qu'il a personnellement vus ou entendus ; d'où la prohibition, en principe, du *hearsay*, ou oui dire.

En même temps, on vient à poser les règles de la poursuite des témoins et de la corroboration de leurs dépositions (règles dont il est facile de voir l'origine dans le développement du principe de *cross examination*). De même les règles relatives aux « confessions » (aveu) aux questions principales, « *the rule par order of testimony* ». De même enfin, les

1. Wigmore, *op. cit.*, p. 109.

2. Wigmore, *op. cit.*, p. 109.

3. J. Hordon, *la Question de la liberté de la preuve en droit anglais* article dans le *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1918, p. 234.

4. Wigmore, *op. cit.*, p. 109.

différents principes relatifs aux écrits, les conditions de production d'une copie au lieu de l'original etc. (1).

Ainsi le principe originel de la liberté voit sa portée bien atténuée. L'évolution aboutira-t-elle à la négation de ce principe ? L'examen de la dernière étape de cette réglementation nous fournira la réponse à cette question.

Cinquième époque : de 1790 à nos jours

Ce qui caractérise dorénavant la « Law of evidence », c'est sa systématisation.

Nous avons parlé dans notre chapitre I de l'influence exercée à cet effet par la publication des décisions de *hisi prius* (2).

La systématisation est poussée tout de suite à son comble par Bentham ; toutefois, ce génial écrivain alla trop loin. Il inventa une théorie très compliquée, une sorte de testimoniométrie, qui était d'ailleurs totalement impraticable devant les tribunaux. Cette découverte de Bentham a excité fort peu l'enthousiasme (3) et pour cause. Cela n'empêche que sa doctrine reposait sur la condamnation du système des preuves légales (4). On ne peut donc l'accuser d'avoir voulu renier le point de départ du droit anglais des preuves.

1. Wigmore. *op. cit.*, p. 110.

2. Wigmore, *op. cit.*, p. 111.

3. Bonnier, *op. cit.*, p. 267.

4. Glasson, *op. cit.*, t. V, p. 541.

Toutefois, l'œuvre de Bentham, grâce aux circonstances dont nous avons parlé dans notre chapitre I, provoqua un sérieux mouvement législatif. Or ce progrès du droit positif cristallisé dans les *Procedure acts* de 1852 et 1854, a consisté, pour ce qui est de la théorie des preuves, dans la consécration définitive des règles qui s'étaient antérieurement imposées (1).

Le développement de la *Law of evidence* en Angleterre s'arrête avec l'*act* de 1875 sur la procédure civile (2). Telle qu'elle est actuellement pratiquée en Angleterre, la « *law of evidence* » se résume dans des exceptions au principe tacite de la liberté (3).

Aux Etats-Unis, la *law of evidence* a pénétré dans ce pays en même temps que le droit anglais ; seulement à l'époque contemporaine, cette *law* ne tend-elle pas vers une orientation différente ?

Aux Etats-Unis on n'a pas hésité à remettre en question, à la lumière du raisonnement, les règles importées d'Angleterre.

Cette crise de la *law of evidence* en Amérique est due à diverses causes : d'une part, la tendance des pays neufs importateurs à mesurer la valeur de leurs importations à leurs besoins juridiques et à leurs propres conceptions doctrinales ; d'autre part, le souci de la magistrature de ces pays de maintenir sa suprématie sur le barreau ; égale-

1. Wigmore, *op. cit.*, p. 112.

2. Wigmore, *op. cit.*, p. 113.

3. Gordon, *op. cit.*, p. 238.

ment le grand nombre des juridictions indépendantes dans l'Etat fédéral.

La conséquence, ce fut une certaine décadence des règles élaborées au cours de l'histoire en Angleterre. Seulement, est-ce bien une libération à l'égard de la réglementation dont nous avons vu le développement ? Il semble que de nouvelles règles ont remplacé les anciennes, à la lumière d'un éclectisme empirique. Y a-t-il vraiment une tendance vers le principe de la preuve libre (1) ?

Wigmore constate que la jurisprudence américaine a le tort de se montrer parfois trop rigoureuse dans l'application des règles de la preuve. Cette inflexibilité est précisément le contraire du libéralisme (2). La Cour suprême ne permet jamais aucune entorse aux règles précises. *The rules are never allowed to bend.*

La doctrine américaine, par la voix de son principal représentant, Wigmore, critique cette raideur et va jusqu'à poser la question de l'abolition de toute réglementation. Toutefois il n'en est pas finalement partisan, et se contente de condamner la rigidité dont fait preuve la jurisprudence (3).

Donc le système anglais reste basé sur le principe tacite de liberté, avec une certaine réglementation.

Comment peut-on formuler la conception que les Anglo-Américains se font de la preuve.

1. Wigmore, *op. cit.*, p. 114.

2. Wigmore, *op. cit.*, p. 128.

3. Wigmore, *op. cit.*, p. 124 et s.

En droit anglais il y a deux termes : *Proof* et *evidence*. La théorie des preuves est connue chez tous les auteurs sous le nom de *Law of evidence*.

Le mot *evidence* a une acception plus ou moins large.

Dans son sens le plus large ; c'est : ce qui démontre la vérité d'un fait contesté dans un procès. Ainsi l'entend Blackstone (Commentaires, III, p. 167, 1768), « Evidence signifies : that which makes clear or ascertains the truth of the very fact or point in issue, either on the one side or the other ».

De même J. Bentham, *Rationale of Judicial evidence*, t. I, ch. I, 1827 (éd. Browning, t. VI, 208).

« Evidence is a general name given to any fact, in contemplation of its being presented to the cognizance of a judge, in the view of its producing in his mind a persuasion concerning the existence of some other fact. »

D'autres auteurs cherchent à serrer davantage la définition en excluant l'argumentation, et le Commentaire. C'est ce que nous remarquons chez Thomas Starkie, *Evidence*, t. I, 1824 :

« That which is legally offered by the litigent parties to induce a jury to decide for or against the party alleging such facts as contradistinction from all comment and argument on the subject, falls within the description of evidence. »

De même John Bouvier, éditeur de *Bacon's abridgement* (1^{re} édition américaine, t. III, p. 243, 1842).

« Evidence is that which demonstrates, makes clear, or ascertains the truth of the very fact or point in

issue ; or it is that which is legally submitted to a court and jury, or to either of them, to enable them to decide upon the question in dispute or issue, as pointed out by the pleading and distinguished from all comments or arguments. »

D'autres auteurs donnent au mot « evidence » un sens plus restreint. Ainsi Sidney L. Phipson dans son livre *Law of evidence*. London, 1907, p. 1 définit évidence « the facts testimony and documents which may be legally received in order to prove or disprove the fact under inquiry. »

C'est-à-dire les faits, le témoignage et les documents qui peuvent être reçus pour prouver un fait contesté, ce qui exclut non seulement les *arguments* mais aussi les *présomptions*, la *judicial notice* et l'*inspection*.

Quant à Stephen, *Digest of Evidence*, 1876, article 1^{er}, il écarte encore « the facts » les faits. « Evidence means : 1° statements made by witness in court under a legal sanction, in relation to matters of fact under inquiry ; 2° documents produced for the inspection of the court or judge. »

Cependant nous voyons dans son introduction p. xii que Stephen fait entrer « les faits » dans sa définition de l'*evidence*. Après avoir demandé qu'est-ce que l'*evidence*, il répond : « The only possible answer to that one fact is or is not relevant to the other. »

De même dans l'article 15, il considère l'admission (l'aveu) comme un fait concluant. Or à l'article 64

il déclare que c'est une « primary evidence » (1).

Hunter, dans son *Roman Law*, 3^e édition, p. 1050, donne la définition la plus restrictive : pour lui l'« évidence » « c'est simplement les « facts of testimony ».

Cette conception étroite ne semble pas être adoptée par la doctrine anglo-américaine la plus récente. Dans son grand ouvrage, Wigmore, qui attache une importance assez médiocre à l'énonciation d'une définition, au point de vue pratique, n'entreprend pas la discussion des différentes formules proposées et se contente de rédiger un texte dont l'énoncé se rapproche beaucoup de celui de Blackstone et de Bentham :

« Any knowable fact or group of facts, not a legal or a logical principle, considered with a view to its being offered before a legal tribunal for the purpose of producing a persuasion, positive or negative on the part of the tribunal, as to the truth of a proposition, not a law of logic, on which the determination of the tribunal is to be asked (2). »

En résumé, « tout fait connaissable proposé à un tribunal dans le but de le persuader de la vérité d'une proposition sur laquelle il est appelé à statuer ».

Bien entendu le droit anglais écarte la connaissance personnelle du juge. Ce que conseille Bonnier (voir *supra*) (3) est le principe anglais, c'est-à-dire,

1. Phipson, *Law of evidence*, p. 2.

2. Wigmore, *op. cit.*, p. 3.

3. Page 118.

que le juge qui a une connaissance personnelle de l'affaire comme homme privé, doit se récuser et être entendu comme témoin. C'est ce que dit Phipson, *op. cit.*, page 11.

Quant à la *proof*, on s'en occupe rarement. Les auteurs, qui accordent un sens large au mot *evidence*, semblent donner ce mot comme synonyme de *proof* (1).

Au contraire, pour ceux qui emploient le mot « évidence » dans une acception plus étroite *proof* signifie : « establishment of facts in issue by proper legal means to the satisfaction of the court » (Phipson) (2).

Ce dernier ajoute que : *proof* est effectué par : a) *evidence* ; b) *presumption* ; c) *judicial notice* ; d) *inspection*.

Cependant les principales autorités (Blackstone, Bentham) auxquelles se rallient l'éminent savant Wigmore, dédaignent l'emploi du mot *proof*, en donnant au mot *evidence* un sens large, ce qui est plus technique parce que plus conforme à la pratique anglo-américaine.

§ 4. — La conception de la preuve dans les procédures allemande et suisse

Pour l'étude de notre question dans la législation allemande on doit distinguer quatre étapes :

1. Wigmore, *op. cit.*, p. 2 et 3.
2. Phipson, *op. cit.*, p. 1.

- 1° L'époque franque ;
- 2° Du x^e au xvi^e siècle ;
- 3° Du xvi^e au xix^e siècle ;
- 4° La codification moderne.

1^{re} Epoque franque

« Sous les Mérovingiens et les Carolingiens, l'organisation judiciaire et les formes de la procédure sont en général les mêmes dans tout l'Empire des Francs (1). Cette procédure, dont la loi salique est la principale source (2) était, nous l'avons dit, publique et orale (3). La preuve était essentiellement formaliste (4). Dans la loi salique, la preuve par témoins et celle par écrit coexistaient avec la preuve par le jugement de Dieu (5). Seulement, ce n'était pas en définitive le juge qui tranchait la contradiction des témoignages affirmés sous serment, c'était le duel judiciaire (6). La procédure de la preuve n'avait pas en vue la persuasion du juge. La sentence était dictée par le résultat du duel judiciaire, ou du nombre de témoignages concordants produits (7), qui variait suivant la qualité des parties (8). Déjà à

1. Glasson, Lederlin, Dareste, *Code de procédure civile pour l'empire d'Allemagne*. Paris, 1887. Introduction, p. II.

2. Glasson, Lederlin, etc., *op. cit.*, p. IV.

3. Glasson, Lederlin, *op. cit.*, p. X.

4. Glasson, Lederlin, *op. cit.*, p. XI.

5. Glasson, Lederlin, *op. cit.*, p. XI.

6. Glasson, Lederlin, *op. cit.*, p. XII.

7. Glasson, Lederlin, *op. cit.*, p. XIV.

8. Glasson, Lederlin, *op. cit.*, p. XIV.

l'époque franque, il existait une autre procédure d'enquête spéciale aux procès intéressant le fisc ; on étendit ensuite le bénéfice de cette procédure exceptionnelle aux églises et aux monastères, dans les procès relatifs à leurs biens. Cette procédure consistait principalement en questions et en réponses absolument libres, ce qui était tout à fait contraire au système étroit et formaliste de la procédure franque. (Cette enquête spéciale à certains procès, ayant été généralisée en Angleterre a tout particulièrement contribué au développement du jury dans ce pays).

2° Du X^e au XVI^e siècle

L'ancienne procédure allemande demeure formaliste, orale et publique jusqu'au xv^e siècle (1). Seulement, dans la suite des temps, ce caractère formaliste s'atténue peu à peu, le rôle du juge acquiert plus d'importance. Cette évolution exerce son influence dans la théorie des preuves. D'abord, l'élimination progressive du duel judiciaire contribue à transformer la classification des moyens de preuve. L'écrit devient ainsi une preuve proprement dite, sans le secours du serment ou de témoins, mais le système de la preuve légale règne encore dans ce sens que le juge est toujours lié par la déposition des témoins, par la production du titre dit authentique, par l'écrit le plus ancien qui est produit (2). Toutefois

1. Glasson, Lederlin, *op. cit.*, p. xvii.

2. Glasson, Lederlin, *op. cit.*, p. xxvii.

l'accroissement des pouvoirs du juge a pour résultat d'ouvrir une brèche au système de la preuve légale. Nous trouvons, en effet, dans le *Miroir de Saxe* cette règle en vertu de laquelle : « Lorsqu'un fait est de notoriété publique pour le juge, celui-ci en est alors pour ainsi dire le témoin personnel et aucune autre preuve n'est nécessaire (1). »

Que signifie exactement ce texte ?

La disposition dont s'agit est inspirée certainement par l'idée que la preuve a essentiellement pour but la découverte du vrai.

L'énoncé même du texte laisse apercevoir que le juge est considéré ici comme un témoin. Or ce n'est pas un témoin qui a simplement pour rôle d'appuyer par son serment, le serment du plaideur. A cette époque régnait encore le système dit des co-jureurs, cette formalité qui consiste pour le demandeur en justice à faire appuyer sa prétention par le serment de *n* (dans le *Miroir de Saxe*, 3) amis : les co-jureurs.

Dans notre texte, il est évident que le juge témoigne sans être requis par la partie, et qu'il n'est pas son co-jureur.

Rien n'empêche, d'autre part, de le considérer comme un véritable témoin. C'est même parmi les témoins (dans le *Miroir de Saxe*), celui qui tient le premier rang.

Le juge sera un témoin pour les faits dont il aura pu avoir une aperception directe.

1. Glasson, Lederlin, *op. cit.*, p. xxix.

Ceci revient à dire que la constatation directe est un mode de preuve, et ceci implique une conception de la preuve fondée sur la persuasion véritable.

En même temps, et de plus, une grande liberté est accordée au juge, la liberté de s'appuyer sur ses propres constatations (1).

I. « L'affirmation par laquelle le vieux droit allemand ne connaissait pas, dans les cas où le plaignant devait apporter le « consensus » de trois personnes privées, une preuve par témoins proprement dite, apparaît fondée en général, sur ce que le plaignant, dans ce cas, prend part à la production de la preuve par son serment. Cela se rattache bien à la preuve par le *mot* (wort) de la partie, que les co-jureurs, et plus tard les témoins devenus co-jureurs approuvent ; mais cette opinion est incompréhensible quand on admet que le vieux droit allemand avait à côté de la preuve par serment et par co-jureurs une preuve par témoins privés qui s'est développée d'une manière autonome et demande aussi pour celle-ci le concours de la partie. De plus, dans le *témoignage du juge*, le vieux droit allemand posséda un vrai moyen de preuve ; ici il n'est pas question du co-serment de la partie et même un passage énonce formellement le contraire. Le plaignant ne doit pas intervenir si le juge est éclairé pleinement. D'ailleurs ce n'est en aucune façon le plaignant qui fait appel au témoignage du juge »... « Parmi les témoins judiciaires, le juge est un personnage qui tient le premier rang et qui est dispensé de se procurer l'assentiment d'autrui. »

« Ainsi, le vieux droit allemand du *Miroir de Saxe* tout au moins, ne consacrait en aucune manière une théorie des preuves absolument formelle, mais, au contraire, une théorie fondée sur une persuasion véritable. Aussi ne faut-il pas nous étonner de le voir adopter les deux moyens de preuve les plus persuasifs : le témoignage du juge lui-même, sur ce qui s'était passé devant lui, et son aperception directe (*Miroir de Saxe*, III, art. 28, § 2). Il est remarquable que l'idée de preuve par témoin véritable jaillit ici beaucoup plus

La propre aperception du juge apparaît clairement consacrée, comme un élément de preuve dans l'article 13 § 1. Cette preuve est expressément préférée à toute autre, ce qui montre bien le lien de la théorie avec le système de la preuve libre (*Miroir de Saxe*, 50-51, § 13).

Sans doute, par ailleurs, le principal moyen de preuve n'en est pas moins la parole (wort) solennelle de la partie appuyée par le serment de trois co-jureurs (1). Le formalisme reste donc le principe. Le système de la conviction libre a de la peine à s'accommoder de ce formalisme. Néanmoins il y en a la racine, qui se développera plus tard.

3. Du XVI^e au XIX^e siècle

En Allemagne les justices seigneuriales s'assurent la prédominance à partir du xvi^e siècle (2). Il se forme, pour l'administration de la justice, en faveur de la féodalité, un corps d'hommes de loi, grands admirateurs du droit romain et du droit canonique qui réforment la procédure (3). Sous l'influence des juristes, la procédure canonique s'introduit

clairement que dans les cas où des particuliers corroborent de leur propre serment les allégations des parties ; d'autant plus qu'ici le plaideur n'est pas même partie au témoignage du juge (*Miroir de Saxe*, III, art. 88, § 2). » Julius Jolly, *Ueber das Beweisverfahren nach dem Rechte des Sachsenspiegels*, Mannheim, 1846, p. 31.

1. Julius Jolly, *op. cit.*, p. 23.

2. Glasson, Lederlin, *op. cit.*, p. xxxv.

3. Glasson, Lederlin, *op. cit.*, p. xxxv.

sit dans les formes judiciaires. Cette procédure, nous l'avons dit, était beaucoup moins formaliste, d'autre part, elle était écrite et secrète. Comme en France, elle assura, en matière de preuves, le développement du système des preuves légales. Toutefois, dans le Saint-Empire, la procédure des temps féodaux, d'origine germanique, résista davantage à l'invasion de la procédure canonique ; on ne doit pas s'en étonner, puisque l'Allemagne est le berceau du germanisme. Le caractère de l'ancien esprit germanique qui resta le plus vivace, ce fut le formalisme ; c'est pourquoi même après le xvi^e siècle, les formes de la justice allemande sont restées empreintes de ce caractère germanique (1).

Bien plus, la vieille procédure du moyen âge bénéficia au xviii^e siècle d'un fort mouvement de réaction. Acceptés avec enthousiasme par les hommes d'Etat et par les savants, le droit romain et la procédure canonique obtinrent moins de succès auprès de la masse de la nation. Le peuple, habitué à des lois simples et conformes à ses mœurs, à une procédure sans doute formaliste, mais orale et facile à saisir, se plaignit de l'introduction de ces lois étrangères qui se prêtaient à d'interminables controverses, qui amenaient l'emploi devant la justice de la langue latine, à laquelle le vulgaire ne comprenait rien et qui avaient prononcé la suppression des débats oraux. Au xviii^e siècle cette opposition devint formidable, car elle gagna les universités à sa

1. Glasson, Lederlin, *op. cit.*, p. xxxix.

cause. Le développement du droit germanique reprit son essor, sous l'influence des hommes politiques (1). Les jurisconsultes ont créé le droit commun allemand, les hommes politiques ont travaillé à sa codification ; le droit commun allemand est entièrement l'œuvre des savants ; il est composé de règles empruntées aux anciennes coutumes germaniques, aux compilations telles que le *Sachsenspiegel* notamment.

« Le droit germanique, dit Lessona, qui avait commencé avec le système des preuves légales, qui était resté attaché au concept de la preuve formelle, lequel domine encore la procédure commune tudesque, n'a accueilli que tout récemment le système de la preuve libre (2). »

Nous ne nous rallions pas à l'opinion de Lessona d'après laquelle le système de la preuve légale a son origine dans la procédure barbare. Lessona dit plus justement d'ailleurs que le droit canonique a délibérément adopté le système légal dans l'intention louable d'exclure l'arbitraire du juge. C'est le droit canonique qui a fermé momentanément la voie au système de la liberté (3). Il nous semble plus vrai de dire que la procédure barbare tendait naturellement par son propre développement vers la liberté, ainsi qu'en témoigne le *Miroir de Saxe* et l'évolution de la *law of evidence* en Angleterre.

1. Glasson, Lederlin., *op. cit.*, p. XL.

2. Lessona, *op. cit.*, p. 486-487.

3. Lessona, *op. cit.*, p. 488, n° 330.

Mais ce n'est qu'à l'époque contemporaine que la liberté a triomphé par l'effet d'un effort scientifique éclairé.

4° La codification moderne

La Constitution votée en 1867 (art. 4, § 13) attribue à la Confédération, à l'exclusion des divers Etats, le règlement de la procédure judiciaire pour tout le territoire. La même attribution est conférée à l'Empire d'Allemagne par l'article 4, § 13 de sa constitution promulguée le 16 avril 1871.

Le Code de procédure de 1877 s'est fort peu inspiré de l'ancienne procédure commune allemande. Le Code de procédure civile français, pratiqué en Alsace-Lorraine, a exercé sur lui une influence certaine : ce dernier Code facilite la recherche et la constatation de la vérité en affranchissant les tribunaux des règles minutieuses établies par d'autres législations sur la base du système des preuves légales (1). Mais tout en reconnaissant ces mérites et l'heureuse influence exercée par le Code français sur la pratique allemande, la commission de codification signala certaines formalités excessives dans les procédures spéciales, et ne pensa pas que le génie national s'accommodât, si parfait qu'il fût, d'un système emprunté à une législation étrangère. La commission donna donc la préférence à un système pratiqué dans le

1. Lederlin, *Etude sur le projet de Code de procédure allemand* (Bulletin de la Société de législation comparée, t. IV, 1874-1875, p. 191).

Hanovre et dans lequel la discussion orale tient la plus grande place. Le juge ne connaît l'affaire que par la plaidoirie. Le juge est tenu d'apprécier tous les moyens produits à l'audience, mais ceux-là seuls. Dans le Code de procédure de 1877, ce principe du débat oral qui vise à mieux assurer la conviction du juge, en l'affranchissant au plus haut degré de tout formalisme gênant, est largement consacré. La preuve est reçue par le tribunal entier ; le président dirige les débats ; il veille à ce que l'affaire soit plaidée d'une manière complète ; il peut, par des questions adressées aux parties ou à leurs avoués, provoquer toutes explications sur les points qui lui paraissent obscurs ou insuffisamment élucidés, sur les preuves offertes et, en général, tous éclaircissements de nature à préciser l'objet du débat (art. 123-126). Le tribunal statue librement et d'après sa conviction intime, sans être lié à aucune règle légale sur la preuve d'après l'ensemble des débats et les preuves rapportées (art. 259).

Le principe de la liberté des preuves s'est ainsi victorieusement imposé dans cette œuvre de codification, qui fut menée avec une méthode très scientifique et très pratique à la fois. Il a été poussé fort loin. C'est ainsi que furent écartées toutes règles d'exclusion ou de reproches en ce qui concerne les témoins. Les rédacteurs ont pensé que, loin d'être utiles, ces dispositions restrictives ne se conciliaient point avec le pouvoir de libre appréciation laissé au juge, et qu'elles risquaient de le priver d'éléments importants à la découverte de la vérité.

Il y a là une manifestation de la tendance des législations les plus modernes vers le système de la liberté des preuves. Il suffit de jeter un coup d'œil sur les réformes législatives contemporaines de la codification allemande pour être frappé de la constance de ce phénomène.

La loi autrichienne du 27 avril 1873 concernant la procédure sommaire des petites affaires, a consacré une théorie de la preuve basée sur le principe de la liberté. Le juge admet les moyens de preuve qu'il croit de nature à former sa conviction (1) ; il a, sauf exception, pleine liberté d'appréciation ; il peut se décider même d'après de simples présomptions de fait. *S'il s'agit d'un fait notoire, il n'a pas besoin d'en demander la preuve* (On se rappelle à ce propos la règle du *Miroir de Saxe*. N'en retrouve-t-on pas ici comme un écho lointain ?) Indépendamment des circonstances sociales contemporaines qui imposaient le système des preuves libres, le *corpus juris* des pays germaniques avait, semble-t-il, dans son passé comme une aspiration, longtemps entravée sans doute, vers la liberté des preuves.

La loi hongroise a également abandonné le système des preuves légales en 1893 (2). La loi antérieure, de 1868 déterminait la nature et la valeur des preuves, dans des règles desquelles il n'était pas permis au juge de s'écarter. En pratique, la juris-

1. Glasson, *Étude sur cette loi autrichienne du 27 avril 1873* (*Bulletin de la Société de législation comparée*, p. 215).

2. Lessona, *op. cit.*, p. 487.

prudence ne tenait plus aucun compte des règles légales.

« Au moment de l'élaboration du Code civil allemand, les rédacteurs ne se sont pas occupés de la matière de la preuve des actes juridiques, parce qu'elle est traitée dans le Code de procédure civile, mais ils ont longuement discuté la question de savoir s'il fallait conserver le principe de la liberté de la forme, ou soumettre la validité des contrats dont la valeur dépasse une somme déterminée à la rédaction d'un écrit, comme l'avait fait le Code prussien. Ils se prononcèrent pour la liberté mais après avoir longuement exposé dans les motifs les raisons de leur option, et ces raisons méritent d'être rapportées ? L'obligation de rédiger un écrit, y lit-on en substance, présente de sérieux avantages. Elle protège d'abord les parties contre le danger de l'irréflexion et de la précipitation. En effet, pour rédiger l'écrit, il faut d'abord bien se mettre d'accord sur la nature du contrat, et les clauses diverses que l'on veut insérer dans l'acte. La nécessité de la forme met en évidence la nature juridique de l'opération ; de même que la frappe pour la monnaie, elle sert de marque extérieure à la volonté juridique des parties et ne laisse aucun doute sur la conclusion de leur accord. L'écrit sépare d'une façon indiscutable le contrat des simples pourparlers préliminaires. En outre, il sert pour l'avenir de preuve de l'étendue et du contenu de l'acte, il diminue donc les chances de procès et en simplifie le jugement.

« Mais, ajoute-t-on, ces avantages perdent, à

l'usage, une partie de leur valeur. L'obligation de l'écrit est dans bien des cas une arme à double tranchant, car elle peut être un moyen de tromper les gens inexpérimentés et ignorants. Ceux-ci signent de confiance l'acte écrit qui leur est présenté, sans le lire, sans en comprendre les clauses, et se trouvent à la merci d'un adversaire sans scrupule. Il ne faut pas non plus exagérer l'importance de la forme pour la fixation de la volonté et la certitude de la preuve. Si l'écrit ne laisse en principe aucun doute sur la conclusion de l'acte, souvent il ne donne sur son contenu que des indications inexactes ou insuffisantes. Il n'est pas certain en effet que son contenu soit conforme à la volonté effective et aux conventions réelles des parties. Il n'est une garantie ni contre l'erreur ni contre le dol, et quand, intentionnellement ou non, il est rédigé d'une façon incomplète, ou inexacte, il n'est ni juste ni équitable d'interdire la preuve par témoins pour compléter ou rectifier son contenu.

« En outre l'expérience prouve que, loin d'empêcher et de simplifier les procès, l'obligation de l'écrit en est une source abondante. »

« Enfin, la principale objection contre la nécessité de l'écriture est la gêne qui en résulterait pour le commerce. Celui-ci a besoin plus qu'autrefois de la liberté, et il ne se laisse pas enchaîner. L'incommodité inhérente à la formalité de l'écrit fait que, en dépit de l'ordre de la loi, on se dispense souvent et on est obligé de se dispenser de dresser un acte; les parties ne sont pas toujours en situation de

prendre la plume. Souvent aussi ce sont les usages et les mœurs qui s'y opposent. Exiger de son débiteur un écrit paraîtrait un signe intolérable de méfiance. Aussi, très fréquemment, contracte-t-on sans écrit, malgré que la loi en exige un. Et, dans tous les cas, l'homme honnête, qui s'est fié à la parole de son débiteur, est victime de la mauvaise foi de ce dernier, si bien que loin d'obtenir la sécurité qu'il voulait assurer, le législateur aboutit au résultat contraire.

« Telles sont les considérations d'ordre général qui ont été développées pour et contre l'écrit dans les travaux préparatoires du Code civil allemand. Mais ce qui, plus encore que les raisons précédentes, a déterminé les rédacteurs de ce code à repousser tout formalisme, c'est que le Code de commerce avait déjà consacré la liberté de la forme pour les contrats entre commerçants. Or, il leur a paru que s'ils introduisaient une règle contraire pour les rapports entre non-commerçants, la difficulté de tracer les limites de l'une et de l'autre pourrait engendrer de graves erreurs et créer une véritable insécurité.

« En résumé, aucune disposition législative ne limite, dans le droit allemand, l'emploi de la preuve testimoniale. Les contractants ne sont pas obligés de rédiger un écrit; ils peuvent prouver en justice par tous les moyens la conclusion et le contenu de leur accord : et même si un écrit a été passé pour constater la convention, les parties sont encore fondées à prouver soit par témoins, soit par présomp-

tions contre et outre le contenu de l'écrit (1). »

Sur cette belle discussion, nous clôturons notre étude de l'évolution historique du droit allemand des preuves.

*
*

En Suisse, le mouvement en faveur du système de la preuve libre s'est manifesté dans les circonstances suivantes. Jusqu'au milieu du xix^e siècle, chaque canton suisse avait gardé son droit particulier. Les uns se rattachaient au mouvement législatif allemand, les autres au courant français. C'est depuis la constitution de 1874 seulement que la législation civile des cantons fut entamée par le pouvoir fédéral. A cette époque la compétence du législateur fédéral fut encore restreinte au droit des obligations. La commission préconsultative, chargée de l'élaboration du Code fédéral des obligations, avait inséré dans son projet de 1879 (art. 9, al. 1) une disposition qui ne tendait à rien moins qu'à l'abrogation des règles du droit cantonal sur la preuve et en particulier, de celles qui, à l'exemple du droit français, restreignaient l'admissibilité de la preuve testimoniale. Cette disposition fut écartée et toutes les règles du droit cantonal concernant la preuve ont été maintenues (2).

1. Capitant, *op. cit.* in *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1919, p. 209-211.

2. Rossel, *Manuel du Droit civil de la Suisse romande*, éd. 1886, p. 340.

Il est vrai que dans son cours de droit fédéral professé à Genève feu M. Ch. Brocher soutenait que la preuve rentrant dans le droit civil devait faire partie du Code fédéral des obligations, et que puisqu'elle n'y figurait pas, toutes les restrictions apportées par les Codes cantonaux à la preuve tombaient nécessairement. « Dès lors le juge aurait eu, pour former sa conviction, une latitude complète. »

Ainsi le système des preuves libres aurait triomphé dès cette date d'après M. Brocher. C'eût été conforme au sentiment des rédacteurs du Code des obligations de 1881 qui avaient proposé de consacrer le système allemand (Code de 1877). Cette proposition avait soulevé la plus vive opposition dans la Suisse française qui vantait les avantages et les garanties de la forme écrite (1). Finalement, le législateur fédéral dut convenir, et après lui le tribunal fédéral, que la matière des preuves restait réservée au canton.

L'article 64 de la Constitution fédérale de 1874, ayant été révisé par votation populaire du 13 novembre 1898, la Confédération eut désormais le pouvoir de légiférer aussi sur les autres matières du droit civil.

Le Code civil suisse entré en vigueur le 1^{er} janvier 1912, consacre, nous l'avons vu, les trois derniers articles de son titre préliminaire à la preuve judiciaire. On est alors parvenu à généraliser le principe que l'on avait pas réussi à introduire dans le Code de 1881. L'article 10 prescrit : « La loi cantonale

1. Capitant, *op. cit.* in *Bulletin*, *loc. cit.*, p. 211.

ne peut faire dépendre de formes spéciales la preuve des droits et des obligations dont la validité n'est subordonnée à aucune forme par la législation fédérale. Ainsi sont absolument supprimées toutes restrictions des lois cantonales, qu'elles figurent dans le Code civil du canton, comme à Genève, à Neuchâtel, etc. etc., ou dans les Codes de procédure civile pour la preuve des droits et des obligations qui peuvent se former librement en vertu de la législation fédérale (1).

Voici d'après M. Capitant (2), à la suite de quelle discussion le législateur fédéral s'est rallié au système de la liberté de la preuve :

« Les raisons qui l'emportèrent furent que l'obligation de rédiger un écrit est une gêne, une cause de lenteurs. Le commerce n'admet pas cette formalité et ne peut pas s'y plier. Les commerçants traitent ordinairement leurs affaires sans rédiger d'écrit, et ils ne s'en plaignent pas. Pourquoi donc imposer cette entrave aux non-commerçants ? C'est là, en effet, le grand argument des partisans de la liberté : Si l'on ne craint pas la subornation des témoins, la fragilité de la mémoire, les incertitudes de la procédure en matière commerciale, c'est-à-dire là où l'intérêt économique est le plus évident, et où la rapidité et la sécurité de la procédure sont impérieusement réclamées, il n'y a vraiment pas de motif de les redouter en droit civil.

1. Rossel et Mentha, *op. cit.*, 74.

2. Capitant, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 212-214.

« Ainsi dans le droit suisse comme dans le droit germanique, la preuve par témoins peut toujours être invoquée pour prouver une convention, même lorsque celle-ci a été constatée par écrit, aussi bien en matière civile qu'en matière commerciale. Et il importe encore bien de noter la différence qui sépare ces deux législations de la nôtre, même en ce qui concerne les procès entre commerçants. Chez nous, devant les tribunaux de commerce, ce n'est pas un droit pour les parties de faire la preuve par témoins des conventions dont la valeur excède 150 francs, ni d'invoquer des témoignages contre et outre le contenu aux actes : les juges peuvent seulement les autoriser à y recourir. En droit allemand et en droit suisse, au contraire, aussi bien en matière civile qu'en matière commerciale, la preuve testimoniale peut toujours être invoquée par les contractants. »

Voici comment M. Capitiant résume la question :

« En résumé, il résulte de ce rapide examen de législation comparée que jusqu'à une époque relativement récente, la preuve par témoins a été partout considérée comme le meilleur moyen (après l'aveu) d'arriver à la découverte de la vérité, et qu'elle était même préférée à l'acte écrit. Aussi était-elle librement admise en justice, sans restriction, sauf qu'on imposait la production d'au moins deux témoignages concordants. Mais au xv^e siècle et au xvi^e siècle, une réaction se produisit contre cette liberté, en Italie et en France, pays où la civilisation avait beaucoup développé les relations juridiques. Sous l'impulsion des tribunaux, qui se plaignaient que la preuve par

témoins, loin de faciliter le jugement des procès, favorisât l'esprit de la chicane et la mauvaise foi, le législateur obligea les parties à rédiger un écrit pour toutes conventions de quelque importance, et il décida que seul cet écrit ferait preuve en justice. C'était une véritable révolution dans la procédure, mais elle fut favorablement accueillie par les magistrats et les praticiens et cette règle nouvelle s'implanta sans difficulté dans ces pays, où elle est toujours restée en vigueur, et d'où elle est passée dans ces législations voisines. Pourtant, les commerçants refusèrent de se plier à cette innovation, et les tribunaux consulaires conservèrent l'habitude d'accueillir en toute matière les témoignages.

« A la différence des précédents, les pays germaniques et certains autres Etats comme l'Espagne, ont conservé la tradition et n'ont pas cru nécessaire de restreindre l'emploi de la preuve testimoniale pour les non-commerçants.

« Enfin, chez les Anglo-Saxons et dans le droit portugais, la preuve par témoins est également permise dans tous les cas, pour toutes les conventions. Cependant ces pays préférèrent l'écrit au témoignage et décident que, lorsqu'un acte a été rédigé, il n'est pas permis d'employer contre cet acte la preuve par témoins. »

§ 5. — La conception de la preuve dans le droit musulman

SECTION I. — *Les origines*

La première et la deuxième période de l'histoire de l'Islam sont, comme nous l'avons dit :

1° La vie du Prophète (570-632) de l'an 1 à l'an 13 de l'hégire ;

2° Les quatre Kalifes (jusqu'à l'apparition des quatre grandes écoles (632 à 750 de l'ère chrétienne) 13 à 123 de l'hégire.

Nous n'avons pour nous éclairer sur la conception de la preuve à cette époque que les versets du Coran et les *hadisses* du Prophète que nous avons indiqués au chapitre I^{er}, § 3, auxquels nous renvoyons le lecteur.

Que peut-on dégager de ces textes ?

Est-ce le système des preuves libres ou celui des preuves légales qui a été consacré ?

La question peut être discutée. Une discussion très technique et très approfondie est entamée à ce propos dès le début de l'époque classique.

SECTION II. — *L'époque classique*

La première question qui était à trancher était celle de savoir si l'étendue des pouvoirs du juge

comportait la liberté absolue de se prononcer sur les faits ? Jusqu'où va ici la souveraineté du juge ?

Plus exactement, il s'agissait de savoir si le juge pouvait faire état de sa connaissance personnelle de l'affaire.

Si oui, c'est reconnaître au juge le maximum de souveraineté. Peut-on aller jusqu'à ce degré extrême d'arbitraire ?

Le système de la preuve libre est ici poussé à l'extrême.

Si l'on refuse au juge cet excès de liberté, c'est la question des moyens de preuve qui apparaît. Limité aux preuves présentées par les parties, le juge pourra-t-il les accueillir toutes ? Ici la liberté du juge, et en même temps celle des parties, peut être limitée par une restriction légale du nombre des preuves légalement utilisables. Si l'on pousse cette limitation tout en refusant au juge le droit de faire état de sa connaissance personnelle, on reste dans le système de la preuve libre normalement conçu.

Enfin, on peut aller jusqu'à interdire au juge d'apprécier librement les preuves fournies, et forcer sa conviction. Telle preuve apportée, le juge devra se déclarer convaincu. Il ne reste plus ici aucune place à la liberté du juge. C'est le système des preuves légales intégralement consacré.

En somme, voilà les trois questions fondamentales : Doit-on autoriser la connaissance personnelle du juge ? (L'excès de la liberté). Doit-on limiter le nombre des moyens de preuve ? (Si non, c'est la liberté normale ; si oui, c'est en partie, la preuve

légale). Doit-on réglementer la conviction du juge ? (Si oui, c'est la preuve légale intégrale).

Naturellement c'est la première de ces trois questions qui a inauguré la discussion.

Tous les auteurs de l'« époque classique » sont d'accord pour reconnaître qu'en matière purement religieuse, on doit refuser au juge le droit de faire état de sa connaissance personnelle. Par exemple, pour le fait d'avoir désobéi à l'interdiction divine relative aux boissons alcooliques.

La controverse s'élève à propos des relations entre particuliers (*jus*) (1).

Les uns adoptent la négative. Ils invoquent : 1° un verset du Coran et un certain nombre de *hadisses* et 2° certains dires des deux premiers kalifes, Abou Bakri et Omar, d'autre part, l'*Idjtihad* leur procure un troisième argument : les nécessités sociales. Passons en revue les trois groupes d'arguments qu'ils invoquent ; et voyons ensuite ceux de leurs adversaires.

A. — *Les arguments de ceux qui admettent la connaissance du juge*

PREMIER GROUPE D'ARGUMENTS

Le Coran et les *hadisses*

a) Le texte du Coran :

« Invoquez le témoignage de deux hommes parmi vous ; s'il n'y a pas deux hommes, que ce soit alors

1. Mohamed Zeid El Embabi et Mohamed Salama, *Livre de procédure Chari*, 2^e édit. Le Caire, p. 156.

un homme et deux femmes choisies parmi celles que vous agréez comme témoins, en sorte que si l'une d'elles s'égare, l'autre lui rappelle ce qu'elle aura oublié » (Sourah II, ver. 282).

b) Texte du *Hadisse* : « Tes deux témoins ou son serment. » Auquel il faut ajouter (d'après quelques auteurs) : « Et vous n'avez que cela. » (1)

Les auteurs trouvent ici une limitation qui exclut nettement la connaissance personnelle du juge.

c) *Hadisse* Omm-Salama, une des femmes de l'Envoyé de Dieu, rapporte que celui-ci, entendant une discussion à la porte de son appartement, sortit vers ces plaideurs et leur dit : « Moi, je ne suis qu'un homme devant qui on vient plaider. Il se peut que l'un de vous soit plus éloquent que son adversaire qu'alors je crois qu'il a raison et que je prononce en sa faveur *d'après ce que j'entends*. Celui à qui j'aurai ainsi attribué le bien qui appartenait à un musulman n'aura qu'un morceau de l'enfer, qu'il prenne ce bien ou qu'il le laisse de côté. »

Les partisans de la négative affirment que cela veut dire que le Prophète s'en remettait entièrement aux arguments des parties, ne jugeait que d'après ce qu'on produisait devant lui (2). Donc il ne se reconnaissait pas le droit de faire état de sa connaissance personnelle.

d) *Hadisse* Djaber rapporté par Al Choukani dans

1. El Bokhari, *les Traditions islamiques*, traduction Houdas, t. II, p. 143.

2. Mohamed ebn Ali Al Choukani, dans son livre *Neyl Alaouatar*, t. VIII, p. 533 et s.

son livre *Neyl Alaoutar*, p. 548, t. VIII. Djaber ben Abdallah a dit : « Tandis que le Prophète partageait le butin à el Djirama, un homme lui dit : Montre-toi juste. Le Prophète répondit : Misérable ! Qui donc serait juste, si je ne le suis pas ? Mais si je n'étais pas juste, je serais un homme perdu et je n'arriverais à rien. — Omar (le 2^e Kalife) dit : Laisse-moi, Envoyé de Dieu, tuer ce faux musulman. Le Prophète répondit : Dieu nous en garde ! Qu'on ne dise pas que je tue mes compagnons. Cet homme et ses amis lisent le Coran ; mais cela vient de plus loin que de leur gorge. Ils cherchent à s'esquiver, à fuir, comme la flèche de l'arbalète (2).

Ce qui revient à dire : « Je connais pertinemment les vrais sentiments de cet homme, mais comme il se montre à l'extérieur musulman, je ne puis pas le traiter autrement. »

Nos auteurs en déduisent que le Prophète ne se croit pas fondé à faire état de sa connaissance personnelle.

DEUXIÈME GROUPE D'ARGUMENTS

Les paroles des Kalifes Abou Bakri et Omar

a) Abou Bakri dit : « Si je vois un homme commettre un acte punissable, défendu par Dieu, je ne

1. El Bokhari, *op. cit.* Houdas, t. II, p. 224.

2. Mohamed ebn Ali Choukani dans son livre *Neyl Alaoutar*, t. VIII, p. 548. Nous n'avons pas utilisé la traduction de Houdas qui, croyons-nous est incomplète. Comp. Houdas, t. II, p. 399.

le prendrai pas et je n'appellerai personne pour qu'il soit témoin avec moi. »

Ainsi il ne veut pas punir quelqu'un sur sa propre connaissance, acquise en dehors du tribunal (1).

b) Omar, d'après El Bokhari (un des partisans de la théorie négative) a dit : « Si je ne craignais pas que les gens disent : Omar a ajouté un verset au Coran, j'aurais écrit sur la lapidation » (c'est-à-dire Omar savait personnellement qu'il y avait dans le Coran une prescription et la peine de la lapidation contre l'adultère). Omar, d'après Al Mohallab, a expliqué pourquoi il n'a pas ajouté ce verset :

« La raison en est qu'il a voulu priver les mauvais juges du moyen consistant à se servir de leur connaissance personnelle de l'affaire pour juger au profit de ceux qu'ils aiment (2). »

TROISIÈME GROUPE D'ARGUMENTS

Les nécessités sociales

D'après El Choukani, El Karaabissi a dit :

« Le juge ne doit pas juger d'après sa propre connaissance, car, si on le permettait sans limite, le juge pourrait faire lapider un honnête homme sur le compte duquel ne court aucun bruit, et qui n'est pas connu pour être un volage, en prétendant qu'il l'a vu commettre un adultère. Il pourrait séparer un homme de sa femme en prétendant qu'il l'a entendu

1. Mohamed abn Ali Choukani, *op. cit.*, p. 548.

2. Mohamed abn Ali Choukani, *op. cit.*, p. 548.

la répudier; ou séparer un homme de son esclave en prétendant qu'il l'a entendu l'affranchir. »

« Si cette porte est laissée ouverte, tout juge trouvera le moyen de tuer son ennemi, de l'accuser d'adultère, de le séparer de celui qu'il aime. »

Tels étaient les arguments invoqués en faveur de cette doctrine.

Parmi ses partisans, El Choukani cite Malek et la plupart de ses disciples, et notamment Isaac; « quelques-uns de ceux-ci, comme Ebn El Kassem (1), dit-il, vont plus loin et exigent que le juge ne puisse juger d'après ce qui se passe devant lui, pendant l'audience, qu'à condition qu'il y ait des témoins (2). Ebn El Mounis, un Malkite, dit :

« Un jugement d'après la connaissance du juge doit être cassé. »

El Chaffei semble être également de cet avis. Il a dit, en effet : « S'il n'y avait pas de mauvais juges, j'aurais dit que le juge peut juger d'après sa propre connaissance. »

B. — *Les arguments des adversaires.*

Cependant quelques Malékites, quelques Chaféites ne partagent pas cette opinion. De même Abou Hanifa, le chef des Hanéfites, et ses disciples, Abou Youssef et Mohamed, sont partisans de la doctrine opposée. Ils veulent qu'on laisse au juge une entière liberté.

1. Ebn El Kassem rapporté par Sahanoun dans le livre *Al Modawana al Koubra*, t. XII, p. 148-149.

2. Mohamed ebn Ali Choukani, *op. cit.*, p. 549.

Chaféi lui-même s'est rallié à cette théorie dans une de ses deux doctrines (1). Enfin, l'Hanbalite bien connu, Ebn El Kayem el Gaouzeï s'est rallié à ce dernier point de vue.

PREMIER GROUPE D'ARGUMENTS

Comment ces docteurs répondent-ils aux arguments de leurs adversaires ?

Pour ce qui est du premier *hadisse*, ils contestent que le Prophète ait dit : « Et tu n'as que cela ». S'il a dit « tu n'as que tes deux témoins ou son serment », c'est parce que le Prophète n'avait aucun autre moyen de s'éclairer dans cette espèce en particulier. On sait, en effet, que les paroles du Prophète ont été émises à l'occasion de cas d'espèce (voir *supra*, p. 60). Cette critique n'est donc pas sans valeur.

Ils répètent la même chose pour le second *hadisse*; ils ajoutent ici que le Prophète, juge d'après ce qu'il entend, ce qui ne veut pas dire qu'il ne juge que d'après cela. Il peut juger aussi d'après autre chose. De plus, disent-ils, ce *hadisse* est plutôt une arme qui doit tourner contre leurs adversaires, car la connaissance est plus forte que l'ouï-dire; ce qu'on sait est plus certain que ce qu'on entend rapporter. On ne peut donc pas priver le juge de juger d'après sa propre connaissance.

Quant aux dires d'Abou Bakri et d'Omar, ils font remarquer que ces dires ont trait aux rapports entre

1. Mohamed ebn Ali Choukani, *op. cit.*, p. 550-554.

l'homme et Dieu (le *fas*). Or, en cette matière, tout le monde est d'accord pour exclure la connaissance personnelle du juge (1).

A l'argument tiré des nécessités sociales ils répondent ceci : « De deux choses l'une : ou les moyens que le législateur a énumérés, soit le témoignage et le serment, sont, de par la loi religieuse, les seuls à employer, à l'exclusion de tout autre moyen même plus fort, ou bien ce sont des moyens que le législateur s'est contenté de mentionner sans esprit limitatif et alors le but doit l'emporter sur les moyens en ce sens que pour parvenir à la vérité, s'il se trouve des procédés plus parfaits que ceux indiqués, le juge doit pouvoir les utiliser.

« Ainsi le juge pourra faire état de sa connaissance personnelle qui prévaudra certainement sur n'importe quel témoignage, au point de vue de sa conviction intime » (2).

DEUXIÈME GROUPE D'ARGUMENTS

Prenant à leur tour l'offensive, les partisans de cette théorie invoquent un *hadisse* très connu qu'ils prétendent être directement favorable à leur thèse.

Ce *hadisse* est connu sous le nom de « l'Épouse de Abi Souffian ». Cette femme s'était adressée au Prophète à la suite de la mort de son mari pour le règlement de sa pension alimentaire. Le Prophète lui dit : « *Prends ce qu'il te faut pour toi et ton fils.* »

1. Mohamed ebn Ali Choukani, *op. cit.*, p. 550-552.

2. Mohamed ebn Ali Choukani, *op. cit.*, p. 552.

Vous voyez bien, disent ces auteurs, que le Prophète ne lui a demandé aucune justification à l'appui de sa prétention (1). Il savait qu'Abi Souffian était mort et c'était sa femme qui lui parlait.

A ceci on a répliqué : « La femme en question n'est pas venue demander au prophète un jugement mais seulement une consultation. »

On voit par là combien la discussion fut poussée à l'époque classique. La question est d'ailleurs embarrassante. D'une part, puisqu'on exige du juge une sentence juste, il faut bien lui permettre de tenir compte de tous les éléments de conviction qui viennent à sa connaissance. D'autre part, on peut toujours craindre l'arbitraire du tribunal. Cette dernière considération semble bien devoir l'emporter. En fait, dans le droit musulman, nous assisterons à l'époque de Moukalledine au triomphe définitif de ce principe en vertu duquel le juge ne doit pas faire état de sa connaissance personnelle de l'affaire (2).

Voyons maintenant ce qu'il en était des moyens de preuve.

« A l'époque classique, la preuve testimoniale constitue la preuve par excellence; elle est recevable en toute matière et quelles que soient la nature et l'importance des intérêts en jeu; elle est en dehors de l'aveu la seule preuve directe admise par la loi musulmane, qui fasse preuve juridique complète.

1. Mohamed ebn Ali Choukani, *op. cit.*, p. 551.

2. Mohamed Amin connu sous le nom de ebn Abdine dans son livre *Rad al Mohtar*, t. IV, p. 394.

« Telle est la règle admise par tous les auteurs et qui a pour base le hadisse du Prophète : « Tes deux témoins... » (1)

En général, tous les docteurs dans le livre *Des Témoignages*, après avoir donné la définition distinguant l'application du témoignage sur les faits touchant aux rapports avec Dieu (fas) et sur ceux relatifs aux transactions privées (jus). Dans le premier cas, il est préférable de ne pas dévoiler les faits que l'on connaît, pour éviter, comme le dit El Zaylaili, un Hanéfite, la contagion du vice (2). Dans le second cas, témoigner est un devoir imposé aux hommes. A l'appui de cette assertion, El Zaylahi cite plusieurs versets du Coran (3). Dans le même sens Ebn el Houman, Hanéfite également (4) et enfin El Sarakhssi (5).

Il en est de même chez les Malékites. Voir Ebn el Kassena, d'après Ebn Sahnoun, dans *Al Moudaouna Al Koubrah* (6).

1. M. Morand, *Revue algérienne et tunisienne de législation et de jurisprudence*, t. XVII, 1901, p. 47 et s.

2. Al Zaylaili, mort en l'année 743 H Tabien Al Hakaek Charh Kanz al Dakaek, t. IV, p. 208.

3. Al Zaylaili Tabien Al Hakaek Charh Kanz al Dakaek, t. IV, p. 208.

4. Ebn Al Houmam, mort en l'année 861 de l'h., Charh Fath el Kadir, t. VI, p. 3 et 7.

5. El Sarakhssi mort en 438 de l'h. Al Mabsout, t. XVI, p. 3 et suiv.

6. Ebn el Kassem, rap. par Sahanoun dans le livre *Al Moudawana al Koubra*, t. XIII, p. 2 et suiv.

Voir également le passage cité de Ebn el Kassem cité par

Chez les Chaféites, dans le titre : *Le guide des zélés croyants* Minhadj Al Talibin, se trouve énuméré tout ce qui se prouve par témoins :

« Le crime de la fornication, la vente, la résiliation à l'amiable, le transfert de créances, le cautionnement, le droit d'option, le terme de paiement, le mariage, la répudiation, le retour à l'union conjugale, la conversion, l'apostasie, l'inconduite notoire, l'irresponsabilité, la mort, l'insolvabilité, le mandat, les dispositions testamentaires, la virginité, l'accouchement, la menstruation, l'allaitement, les vices redhibitoires (1). Il résulte de cette énumération que tout, en somme, peut se prouver par témoins.

Mais au cas où le demandeur n'a pas pu produire de témoignages, il n'a plus qu'une ressource : déférer le serment au défendeur (2).

Ainsi que le dit le prophète : « tes deux témoins ou son serment. »

Le serment du défendeur (moyen subsidiaire, de preuve) est comme le témoignage, admis en toute matière.

Est-ce bien un moyen de preuve ? « Le serment, a dit Morand, ne saurait être considéré comme un mode de preuve directe ; car le refus de la part du défendeur de prêter serment à lui déféré, n'implique pas nécessairement le bien fondé des prétentions du demandeur. »

Morand (sous le nom d'Ebn Acem) Tohfat, trad. Houdas et Martel, vers. 24 et 25 et note 12.

1. Traduction Van den Berg. t. III, p. 400. Batavia, 1884.

2. Morand, *op.cit.*, p. 48.

La discussion a porté sur la question de savoir si le serment est un élément de preuves proprement dit. Si c'en est un effectivement, une fois le serment prêté, le demandeur est forclos ; certains auteurs lui déniaient ce caractère ; et considèrent que le serment déferé n'a pour effet que de protéger le défendeur contre le demandeur tant que ce dernier n'a pas produit ses témoins (1). Pour le rôle du serment en matière pénale voir le livre d'Omar bey Loutfy, *De l'action pénale en droit musulman* (2 fascicules).

Quoi qu'il en soit, abstraction faite du témoignage et du serment, les autres moyens de preuve ne sont-ils pas admis ? A savoir l'aveu, l'écrit, les présomptions et *El Kassama*, particulier en droit musulman.

Pour l'aveu, pas de difficultés, il est admis par tout le monde et en toute matière. Il y a un chapitre spécial chez tous les auteurs, viennent ensuite l'écrit et les présomptions.

Ce sont deux questions très controversées à l'époque classique.

Dans le Coran, il y a un verset très connu qui est relatif à l'écrit. C'est le verset 242 du chapitre II ainsi conçu : « O vous qui croyez, lorsque vous contractez une dette pour une échéance déterminée, rédigez cela par écrit. Qu'un écrivain pris parmi vous, mette exactement par écrit ce contrat...

« O croyants ! lorsque vous vous obligerez à payer une dette au terme prescrit, qu'un scribe en fasse

1. Mohamed Zeid et Mohamed Salama, *op. cit.*, p. 153 et suiv.

fidèlement l'obligation. Qu'il écrive comme Dieu le lui a enseigné ; qu'il écrive et que le débiteur dicte ; qu'il craigne le Seigneur, et ne retranche aucun article de la dette. Si, le débiteur était ignorant, malade, ou hors d'état de dicter, que son procureur le fasse pour lui, suivant les règles de la justice. Qu'on appelle pour témoins deux hommes ou au défaut de l'un d'eux deux femmes choisies à votre gré. Si l'une d'elle se trompait par oubli, l'autre pourrait lui rappeler la vérité, que les témoins portent témoignage toutes les fois qu'ils en seront requis. Qu'on écrive en entier la dette grande ou petite, jusqu'au terme de la liquidation. Cette précaution est plus juste devant Dieu, plus sûre pour les témoins, et plus propre à ôter tous les doutes. Si la vente se fait entre personnes présentes, et par échange, vous ne serez point obligés de l'écrire ; appelez des témoins dans vos pactes et ne faites violence ni au scribe ni aux témoins... »

Certains commentateurs en ont conclu qu'il faut l'écrit ; (« qu'il écrive » dit le texte). Voir les auteurs cités par Mohamed ebn Garir Al Tabari (1) (né en 224 de l'h.).

D'autres interprètent le texte dans un sens plus large. Ils croient qu'il ne s'agit que d'un conseil.

« Aussi, les premiers docteurs musulmans ne rangent-ils pas la preuve écrite au nombre des

1. Tafsir, *Commentaire du Coran*, t. III, p. 71. Voir également Al Aëni, *Commentaire d'El Bokhari*, t. XI, p. 389. Al Baydouaï Tafsir, t. I, p. 187.

moyens légaux de preuve ». Morand (*op. cit.*, *loc. cit.*, p. 49).

Cependant ils en parlent (*contra* Van den Berg (1). Ils n'en font certes pas un chapitre spécial; ce qui démontre bien que ce n'est pas un moyen de preuve, mais ils en parlent soit dans le livre du témoignage, soit dans le chapitre des « lettres du juge au juge. »

Parmi les Hanéfites, les uns, qui représentent la majorité, affirment que l'écrit ne peut à lui seul faire foi en justice, car disent-ils « une écriture ressemble à une autre et ne mérite aucune foi ».

C'est ce que disent formellement Ebn El Houmam dans *Fat El Khadir* (t. V, p. 477), Al Zay laï dans *Charh Kanz al Dakaek* (t. IV, p. 182 et p. 214) où la question est discutée longuement. Ils ne reconnaissent une force probante qu'à l'écrit dont l'authenticité est confirmée par des témoins. Cependant, la plupart admettent que les procès-verbaux du juge, surtout en cas de commissions rogatoires, font foi pour l'autre juge. Ils expliquent l'admission dans ce dernier cas par la nécessité.

D'autres, très rares, admettent la preuve par écrit. Voir Mohamed bey Zed El Embabi et Mohamed Salama (*La Procédure de Chareï*, p. 83) (2).

Les malékites se prononcent aussi contre la preuve par écrit.

Pour eux également un acte sous seing privé n'a

1. *Principes du droit musulman*, traduction de France de Tersant et Damiens.

2. *Al Fatawa al Hindya*, t. IV, p. 166.

force probante qu'autant que son authenticité est admise par celui dont on prétend qu'il émane, ou affirmée par deux témoins.

Il en est ainsi, chez ces auteurs, même des actes dressés par les cadis, même de ceux qui relatent leurs jugements. « Tout jugement, dit Sidi Khalil, certifié par les deux témoins instrumentaires est exécutoire... » « Tout juge agissant dans son ressort, peut commettre verbalement et en toute matière, par l'entremise de deux témoins, le juge d'un autre ressort pour l'exécution d'un jugement ou l'achèvement d'une procédure. » S'il y a contradiction entre l'écrit du juge commettant et le dire des témoins chargés de le transmettre, le juge commis se basera de préférence sur la déclaration verbale de ceux-ci (Sidi Khalil).

Pour ce qui est des présomptions, voici l'exemple classique que l'on donne de leur existence dans le droit musulman :

« Si, voyant précipitamment sortir d'une maison inhabitée un individu qui s'en va inquiet, craintif et tenant un couteau ensanglanté on entrerait immédiatement dans cette maison et on y constaterait la présence du cadavre d'une personne récemment égoragée, on ne doutera pas que l'assassin ne soit l'individu qui est sorti. On n'admettra pas la supposition d'un suicide ou toute autre hypothèse gratuite. »

Le Juge aux Tribunaux Chareï Ali Korâa, dans son livre *Al Oussoul Al Kadayâ* (*Les Sources du jugement de la procédure Chareï*) (1), page 275, dit qu'il

1. Le Caire, 1921.

n'y a qu'Ebn Alharis qui ait parlé de cette théorie, et qu'on ne peut pas en retrouver l'origine, chez aucun chef d'école « ni dans aucun livre reconnu ». Cependant, nous croyons que cette opinion est exagérée. En effet, d'abord, dans leur livre sur le témoignage, les auteurs classiques affirment qu'un témoin doit déposer d'après ce qu'il a vu ou entendu. Or ce témoin peut s'être trouvé à la porte d'une maison qu'il sait inhabitée. Quelqu'un y entrant, y fait un aveu, hors de la présence du témoin. Ce dernier, alors même qu'il n'a pas vu cette personne, s'il a simplement entendu sa voix, malgré le fait que les voix peuvent se ressembler, a le droit de *présumer* que c'est l'individu en question qui a parlé et peut, en conséquence, déposer dans ce sens. Or le juge se décide d'après le témoignage, comme nous le verrons. Donc si la prescription n'est pas admise directement devant lui, elle peut entrer néanmoins en jeu par l'intermédiaire du témoin (1).

D'autre part, le distingué juriste musulman, Ebn El Kayem El Gaouzeïa, un Hanbalite de l'époque classique, dans son livre *Elame Al Mousakin*, nous dit : en parlant de la théorie des preuves : « D'après le Prophète, « *Al Baïena* » (la preuve) est à la charge du demandeur... Les auteurs, dit-il, entendent par « *Al Baïena* », les deux témoins, ou un témoin et le serment du demandeur. Or le mot *Al Baïena* a un sens plus large. » Il veut dire « tout ce qui fait

1. Ebn Houmam, *Fat El Kadir*, t. VI, p. 16. Al Zaylaï, *Tabiïn El Hakaek*, IV, p. 213.

apparaître ». L'auteur cite plusieurs versets du Coran qui ne peuvent laisser aucun doute sur le sens large du mot *Baïena*. Il conclut que la preuve ou « *Al Baïena* » doit signifier « *tout ce qui fait paraître le droit* », que ce soit le témoignage ou la présomption : « *Dalala* ». Car, ajoute-t-il, le législateur ne peut avoir qu'un but, celui de faire découvrir la vérité, par tous les moyens. On ne peut pas dire qu'il y a un moyen fixe, pour faire connaître tout fait donné. Pourquoi préférer un moyen plutôt qu'un autre.

Il se peut que ce moyen dont on ne veut pas soit ici précisément le meilleur pour démontrer la vérité. Jamais le législateur n'a entendu négliger un procédé propre à faire paraître le vrai et autrement il ferait perdre aux gens leur droit. D'ailleurs, confirme-t-il, l'interprétation restrictive a été la cause de la méconnaissance du droit et le résultat en est que l'oppresseur, le malin, fait tout ce qu'il veut et dit : « Il n'y aura pas deux témoins contre moi. » « Il eût été d'ailleurs dans l'intérêt public de chercher à mieux comprendre les principes posés par l'Envoyé de Dieu (1). »

On doit donc admettre que la question des présomptions dans le droit musulman à l'époque classique est une question controversée.

Il nous reste à parler enfin de *El Kassama*. Nous en dirons peu de choses ; elle concerne uniquement les matières pénales. Lorsqu'une personne est accu-

1. Ebn El Kayem *Al Gaouzieh Elam al Mawokeim*, t. I, p. 104.

sée d'homicide, que l'accusation n'a pu être prouvée complètement, mais que de graves présomptions de culpabilité existent, on met en demeure les parents de la victime de compléter la preuve par leur serment. C'est le *El Kassama* qui consiste, dit Sadi Khalil, en cinquante serments péremptoires prononcés consécutivement (1).

De cet examen sommaire de l'admissibilité des moyens de preuve à l'époque classique, nous ne pouvons tirer qu'une conclusion ; c'est que la question était très controversée. Il est donc impossible d'affirmer qu'à cette époque, à ce point de vue, le choix soit définitivement arrêté entre le système des preuves libres et des preuves légales.

Mais pour la dernière question que nous avons à éclaircir, la conviction du juge, on peut croire, d'après quelques textes que la doctrine s'était fixée en faveur du système de la conviction forcée. On conclut parfois, à tort croyons-nous, que le système de preuve légale triomphe sur ce point.

Mais nous verrons que la portée des principes énoncés par ces textes, est atténuée par d'autres principes à un degré tel qu'on peut conclure que c'est le système de preuve libre qui se trouve à la base du droit musulman (2). Voici les textes qui peuvent laisser croire au système légal.

1. Mohamed Zeid El Embabi Mohamed Salama, *op. cit.*, p. 152. — Ali Koraa, *op. cit.*, p. 274. — Morand, *op. cit.*, p. 53, *in fine*.

2. Morand, *op. cit.*, p. 55.

La réglementation se rapporte d'abord au nombre des témoins et à leur sexe :

C'est dans le Coran qu'on en trouve les principes fondamentaux.

Par exemple : Pour prouver la fornication, il faut le témoignage de quatre hommes.

Pour les autres crimes, il faut deux hommes.

Pour tout le reste, il faut deux hommes, ou un homme et deux femmes.

Cependant, pour tout fait dont la connaissance échappe aux hommes en raison de leur sexe il faut deux femmes.

Presque tous les auteurs sont d'accord à part quelques différences de détail.

Voir :

Pour les Malekites : Ebn Acem, traduction Seignette, article 1558 et s.

Pour les Hanefites : Ebn El Houmam, *op. cit.*, t. VI, p. 6 et s. At Sarakhssi dans *Al Mabsout*, t. XVI, p. 114 et s.

Pour les Chafeites : Voir Minhaj al Talibin, livre LXVI.

Pour les Hanbalites : Ebn El Kayem El Gaouzeïa, *op. cit.*, t. I, p. 106 et s.

D'autre part la loi musulmane détermine la force probante respective des témoignages produits.

« Un tel témoignage oblige le juge à décider conformément aux dires du témoin. »

Ebn El Houmam (hanefite), *op. cit.*, t. VI, p. 2. Dans le même sens, chez les Hanefites toujours, Al Sarakhssi dans *Al Mabsout*, t. XVI, p. 12. Al Zailaïe,

Tabïen Al Hakaek Charh el Dakaïek, t. IV, p. 208. « Son effet (*hokmoha*) est l'obligation pour le juge de juger conformément au témoignage. » Al Kassani dans son *Traité Badayêh Al Sanyeh*, t. VI, p. 252, 1^{re} édition, consacre une section à l'étude de l'effet du témoignage et déclare nettement que le juge est tenu de juger conformément au témoignage produit.

Il en est de même chez les Malekites. Nous empruntons à Sidi Khalil le passage suivant : « le juge préférera le témoignage de deux hommes à la preuve faite par un homme et deux femmes et celle-ci à la preuve faite par un témoignage unique avec le serment de celui qui le produit. » (1)

Avec ces citations, qui peuvent être multipliées, l'on est tenté de conclure que c'est le système légal qui a prévalu en droit musulman.

Tous les docteurs musulmans reconnaissent ce qu'il y a de rigidité dans ce principe, car, disent-ils, un témoignage peut être conforme à la vérité ou non. Ils ajoutent que logiquement son effet ne devrait pas être aussi absolu. Mais il est dit dans le Coran : « Faites témoigner par deux de vos hommes. Leur dire est pris pour vrai (2), autrement il serait impossible d'arriver à terminer un litige.

Cependant il ne faut pas exagérer, car, le juge a, en principe, un pouvoir d'appréciation, notamment,

1. Sidi Khalil, trad. Seignette, art. 1569.

2. Ebn Al Houmam, *op. cit.*, t. VI, p. 2. — Al Sarakhssi, *op. cit.*, t. XVI, p. 112 et s. — Al Kassani, *op. cit.*, t. VI, p. 282.

il y a un principe en vertu duquel un témoin ne peut déposer que s'il est honorable. Or, sur ce point, le juge a *un pouvoir illimité pour apprécier l'honorabilité*. Comme nous le verrons en étudiant le témoignage, le juge arrive à pouvoir se fixer sur l'honorabilité d'un témoin par une enquête secrète et une autre publique (1).

Peut-on affirmer dans ces conditions, comme le fait M. Morand que le droit musulman (2) ne laisse aucun pouvoir d'appréciation au juge ?

SECTION III. — *A l'époque des Moukalledine
que deviennent les trois questions discutées
à l'époque classique ?*

Pour ce qui est de la connaissance personnelle du juge, nous savons que les Malekites ne l'admettaient pas à l'époque classique. El Chafëï ne l'admettait pas non plus dans son deuxième système. Les Hanéfites, dans notre période, se rallient également à la doctrine négative.

Comme le dit formellement Ebn Abdine (dans Rad Al Mohtar XII^e siècle de l'h. t. IV, p. 394 et s.).

« De nos jours, à raison de l'existence de mauvais

1. Ebn El Houmam, *op. cit.*, t. VI, p. 12. — Al Zaylaï, *op. cit.*, t. IV, p. 210 et s. — Ebn Acem, ver. 42. Sidi Khalil, trad. Seignette, art. 1487. Les disciples d'Abou Hanifa soutiennent énergiquement la nécessité de cette règle pour qu'un témoignage ait le poids nécessaire en vue de former la base d'un jugement. Voir Mohamed Zeid Embabi, *op. cit.*, p. 133.

2. Morand, *op. cit.*, p. 56.

juges, il n'est plus permis au juge de juger d'après sa propre connaissance (1). »

Pour ce qui concerne la limitation des moyens de preuve, il est toujours reconnu que l'écrit n'est pas un moyen de preuve, mais on admet définitivement que les procès-verbaux du juge et les livres des commerçants font foi de leur contenu, sous certaines conditions. Voir Ebn Abdine, *op. cit.*, t. VI, p. 391.

Quant à la conviction du juge, les mêmes principes subsistent, et son pouvoir d'appréciation de l'honorabilité des témoins est définitivement consacré. Ebn Abdine, *op. cit.*, t. VI, p. 414.

SECTION IV. — *Epoque de la Codification*

A l'époque de la codification, ni le Code égyptien, ni le Code ottoman ne font mention de la première question. Cependant, les auteurs musulmans égyptiens qui ont écrit sur la procédure Chareï les commentaires les plus récents tranchent la question par la négative (2).

Quant au Code algérien, nous lisons dans l'article 715 que le juge ne peut considérer le fait à prouver comme établi, qu'autant que l'existence en a été démontrée par l'un des modes de preuve autorisés par la loi, et que se trouvent remplies les conditions

1. Ali Korah Al Oussoul Al Kadahyah, p. 274.

2. Mohamed Zeid El Embabiet Mohamed Salama, *op. cit.*, p. 150. Ali Kora Korrah, *op. cit.*, p. 274.

auxquelles la loi a subordonné la force probante de ce mode de preuve ; mais il doit alors tenir ce fait pour constant.

Pour ce qui est des moyens de preuve, l'écrit prend place parmi eux, sans aucun doute, sous l'influence des législations européennes. Code civil ottoman, article 1736 à 1739.

Règlement des tribunaux Chareï Egyptiens, article 130 à 169. Code algérien, 149-754.

Quant aux présomptions du moins celles qui sont graves et précises, seuls les Code civil ottoman (art. 1740-1741), et le Code algérien (718-722) les admettent.

Les textes égyptiens n'en parlent pas. Ali Korrah est d'accord avec El Raffei, qui a complété Ebn Abdine et s'est prononcé contre les présomptions.

La conviction du juge est toujours, en principe réglementée. Quant à son pouvoir d'appréciation relativement à l'honorabilité des témoins, il résulte des articles qui en parlent, dans le Code civil ottoman, que ce pouvoir d'appréciation est supprimé par une réglementation minutieuse des conditions de l'enquête d'honorabilité. Dans le code algérien (art. 763) le jugea, au contraire, toute liberté pour rejeter la déposition du témoin douteux. En Egypte, sa liberté d'appréciation de la valeur du témoignage (art 180 et s. du règlement des tribunaux Chareï) est complète.

Dans ces conditions, sans aucun doute, dans les législations algérienne et égyptienne, tout au moins, le principe de la liberté a triomphé.

A la lumière de ce développement historique, comment définir la conception qu'on se fait de la preuve dans le droit musulman.

Nous voyons que l'histoire de la théorie de la preuve passe par deux étapes : première étape (époque classique et moukallédines) est une époque de discussion entre les partisans de la réglementation et ceux de la liberté ; deuxième étape : à l'époque de la codification, le témoignage et l'écrit sont librement admis en toute matière, la réglementation de la conviction du juge est considérablement atténuée par son pouvoir d'appréciation des témoignages. Cependant, pour certains actes, l'écrit est exigé (par exemple, le mariage et le Wakf). Nous pouvons en conclure que le fondement de la théorie de la preuve, c'est la liberté, avec une réglementation dans certains cas. A notre avis, ainsi que notre conclusion le fera ressortir, cette législation, sauf quelques modifications, est celle qui se rapproche le plus de l'idéal que nous défendons.

CONCLUSION

Après avoir assisté au développement historique de la conception de la preuve dans les législations qui présentent le plus d'intérêt à ce point de vue, en présence des divers aspects qu'elle y revêt à l'heure actuelle, le comparatiste doit chercher à en construire une synthèse directive qui servira de base au développement de la théorie. Il doit formuler à

l'aide de ses constatations une conception idéale propre à former un objectif commun pour les législations des différents peuples civilisés.

Dans cette théorie de la preuve, plus peut-être que dans toute autre matière juridique, apparaît l'existence d'un fond commun à tous les hommes. C'est qu'il y a là une institution qui poursuit chez tous les peuples le même but : la découverte de la vérité d'un fait contesté.

Comment parvenir à découvrir cette vérité ? Là encore nous constatons que chez tous les hommes et dans tous les temps, il y a eu une réglementation plus ou moins étroite, plus ou moins propre à mener au but poursuivi, suivant les époques et le degré de civilisation.

Il est impossible de ne pas reconnaître qu'en général (1) cette réglementation a poussé au hasard des circonstances.

A telle époque, le contenu de la conscience collective impose le recours à la Divinité. La preuve est alors conçue comme une sorte de cérémonie religieuse. A telle autre époque, l'état des relations sociales interdit l'usage de tel ou tel procédé de preuve ; ici c'est l'écrit qui est repoussé (droit musulman) ; là c'est le témoignage (droit français). Ailleurs, on se méfie du juge ; dans d'autres lieux, on veut, au contraire, lui laisser toute latitude (le jury anglais, le *judex* romain). Forcément la conception

1. Sauf peut-être en Allemagne.

de la preuve varie avec les données sociales opposées. Chaque milieu social a son produit particulier. On saisit ici sur le vif le phénomène de la formation inconsciente et fatale du droit.

Or, par cette voie, et selon cette méthode, il faut avouer que l'on n'est arrivé généralement à rien de satisfaisant. Il ne faut donc pas s'étonner que, de temps à autre et de-ci de-là, un effort de réflexion rationnelle (Bentham, Bonnier, Lessona, Wigmore, etc., etc.), apparaisse à l'effet de reconstruire la théorie sur des bases plus logiques.

A l'heure actuelle, cet effet, qui s'est accentué, n'aboutit qu'exceptionnellement à une formule générale en ce qui concerne la conception de la preuve propre à servir d'idéal commun.

Parmi les plus éminents, des auteurs, tels que Wigmore ou Lessona, se contentent de proposer des réformes partielles ou locales, n'intéressant que tel point de la théorie (Lessona : *la Conviction du juge*) ou telle législation particulière (Wigmore : *le Droit anglo-américain*).

Seul, Dellepiane aborde le problème à peu près dans son ensemble : « Entre la conscience du juge, dit-il, étouffée sous une multiplicité de règles dont plusieurs sont d'un résultat douteux et cette même conscience livrée à sa propre inspiration et à son propre jugement, il y a évidemment un juste milieu raisonnable qui consiste à édicter certains principes universellement acceptés à cause de leur fixité et de la possibilité de les démontrer scientifiquement, tout

en laissant en définitive au magistrat le droit de se former sa propre conviction » (1).

Quel est ce juste milieu entre la réglementation et la liberté ? Le problème est bien posé, mais il ne nous paraît pas tranché.

Ne risque-t-on pas dans cette recherche d'une solution peut-être impossible à trouver, de tomber dans un *a priori* antiscientifique ? N'est-ce pas la crainte qui a retenu M. Dellepiane au seuil de la question ?

C'est ici, croyons-nous, que le droit comparé peut venir à notre aide et nous fournir une méthode positive et réaliste à la recherche d'une solution.

Grâce à cette méthode du droit comparé, nous voyons les législations placées en regard les unes des autres, comme « dans un tableau où les couleurs se détachent mieux quand on place en arrière et autour des personnages ou des objets de premier plan, un paysage destiné à les encadrer » (2).

Et alors, il nous apparaît qu'aujourd'hui le problème dans le droit positif ne doit pas être cherché exactement dans une conciliation entre la réglementation et la liberté. Il n'y a, à proprement parler, pas de législation qui appartienne à un système dit de la liberté ou à un système dit de la réglementation. Toutes les législations modernes contiennent en effet une réglementation de la preuve.

1. *Les sciences et la méthode reconstructive*, trad. E. Chauffard. Paris, 1915.

2. Lévy-Ulmann, *op. cit.*, in *Revue du droit Québec*, 1923, p. 389.

Le conflit ne s'élève pas précisément de nos jours entre un système dit des preuves légales et un système dit des preuves libres. Personne ne veut du système des preuves légales absolues. Quant à la liberté totale, on la juge également impraticable.

Aucune législation ne consacre intégralement l'un ou l'autre de ces deux systèmes. Ce n'est pas à ce point de vue que les diverses conceptions de la preuve s'opposent.

L'exposé historique auquel nous nous sommes livré révèle à l'évidence que les contrastes proviennent essentiellement, à l'heure actuelle, du point de départ des législations contemporaines.

Il y a, en réalité, en présence, deux systèmes : Celui qui part de la réglementation ; et celui qui part de la liberté. Dans le premier, la réglementation est le principe ; dans le second elle n'est que l'exception.

Quand est-ce que la réglementation est le principe ? C'est lorsque, comme en droit français, le système légal des preuves est fondé sur la restriction des modes de preuve, sur la limitation des pouvoirs du juge, dans l'admissibilité des moyens de preuve.

Or, ce point de départ aboutit à des résultats qui sont critiquables. Ici nous devons enregistrer l'aveu d'un des plus grands maîtres de la technique juridique contemporaine, Geny dans son ouvrage (*Science et technique du droit privé positif*), reconnaît que « le système général des preuves civiles, tel que le consacre notamment le droit français, s'il garantit efficacement les intérêts contre l'abus des preuves incon-

sidérées ou équivoques, reste loin par contre, réduit aux éléments indiqués jusqu'ici, de permettre une justification suffisante de toutes les situations méritant la protection du droit ».

« Dans cette détresse de moyens probatoires adéquats à la situation, le principe de la charge de la preuve s'imposant rigoureusement, en dépit des difficultés, voire des impossibilités de celle-ci, aboutirait pratiquement à un déni de droit qui trahirait l'intérêt suprême de la justice » (1).

Devant ces résultats, les législations qui adoptent un tel système sont conduites à inventer des procédés techniques chargés de remédier aux inconvénients signalés. Au point de vue de la technique scientifique, ces procédés sont en définitive pires que le mal qu'ils ont pour mission de corriger. Nous voulons parler notamment de ce que Geny appelle lui-même « l'expédient technique de la présomption de droit ».

Qu'est-ce que la présomption de droit si ce n'est une sorte de fiction ? « Les présomptions légales et les fictions de droit se rapprochent visiblement en ce que par un effort de l'esprit elles tendent à modifier quelque peu la réalité telle qu'elle nous apparaît ingénument, en vue de produire ou de faciliter certaines fins pratiques. » « Tandis que la présomption légale se base sur des vraisemblances, et ne peut que généraliser un peu témérairement, voire même contrairement au cours heurté des choses de

1. Geny, *op. cit.*, t. III. Paris, 1921, p. 277, 279.

la vie... des solutions isolées et fragmentaires, la fiction fait plus nettement front contre le naturel... (1).

« Malgré tout, ce n'est guère entre les deux procédés qu'une différence de degré (2). »

Ainsi en partant de la réglementation le législateur est obligé de recourir à quelque chose qui n'est pas très éloigné de la fiction proprement dite.

Or n'est-ce pas une tendance incontestée du droit contemporain, que de s'éloigner de plus en plus de tout ce qui ressemble de près ou de loin à ce procédé de la fiction propre aux droits de formation récente et dont le défaut est de conduire fatalement peu à peu hors des voies de la justice.

Telle est bien, en effet, la présomption de droit quand on est obligé de la pousser jusqu'au point où elle n'a plus pour objet de faciliter la preuve mais de l'entraver et de l'exclure ; « elle doit être alors tenue pour anormale ».

Voici un exemple des extrémités où mène la réglementation. En présence des défauts de ce système, un grand nombre de juristes laissent parfois échapper d'amères réflexions ; certains vont même jusqu'à le condamner directement.

Voici comment s'exprime Laurent au sujet du système de présomptions légales organisé par le Code civil français :

1. Voir sur la Présomption la thèse de M. le professeur Emmanuel Lévy, *Sur l'idée de la transmission de droit*, Paris, 1896, p. 142 et sq.

2. Geny, *op. cit.*, t. III, p. 261.

« Nous comprenons que la loi sacrifie un intérêt particulier à un intérêt général, mais nous n'admettons pas que la loi sacrifie le droit des particuliers à l'intérêt de la société. Le premier intérêt de la société et le plus grand, c'est que les droits des individus soient garantis : c'est un des fondements de l'ordre social. Donc, si un homme prétend avoir un droit, il faut lui permettre de le faire valoir en justice.

« Qu'il importe que quatre-vingt-dix-neuf fois sur cent le procès ne soit pas fondé ? Il suffit qu'une fois sur cent la loi refuse de faire justice, pour condamner une théorie qui aboutit à légitimer l'iniquité. Quant aux plaideurs téméraires, il y a d'autres moyens de les punir (1). »

Pour ce qui est de la réglementation générale des preuves dans le droit français, nous avons vu plus haut ce qu'en disent Accolas et Bonnier. Bentham oppose le bon sens aux excès de la réglementation dans la matière des preuves. Pour lui, la procédure qu'il appelle technique ou légale doit s'inspirer de la procédure domestique, c'est-à-dire, suivre le cours naturel des choses confier autant que possible la recherche de la vérité en matière judiciaire au bon sens et à la bonne foi des juges.

« Voyons maintenant, dit-il, quels sont les traits les plus éminents de cette procédure domestique ou naturelle. Le père de famille, dès qu'il s'élève une contestation entre les personnes qui dépendent de lui, ou qu'il est dans le cas de prononcer sur quelque

1. Laurent, *op. cit.*, t. XIX, p. 639.

contravention à ses ordres, appelle les parties intéressées, à paraître devant lui ; il les admet à témoigner en leur propre faveur ; il exige une réponse à toutes ses questions, même à leur désavantage ; et il considère leur silence comme un aveu, à moins qu'il n'entrevoie des motifs qui peuvent engager l'innocent même à se taire. Il fait son interrogatoire sur le lieu même ; la réponse est donnée immédiatement après chaque question, sans qu'on connaisse celle qui doit suivre. Il n'exclut aucun témoin ; il écoute tout, en se réservant d'apprécier chaque témoignage ; et ce n'est pas d'après le nombre mais d'après la valeur des témoins qu'il prononce. Il permet à chacun d'eux de faire son narré de suite à sa manière, et avec les circonstances nécessaires pour la liaison du tout. S'il y en a qui se contredisent, il les confronte immédiatement, il les met aux prises l'un avec l'autre, et c'est de ce conflit que la vérité jailira. Il cherche à arriver à une conclusion prompte, pour ne pas fomentier des germes de discussion dans sa famille ; et parce que des faits récents sont plus aisément connus et prouvés, il n'accordera de délais que pour des raisons spéciales.

« Voici l'idée générale de la procédure domestique ou naturelle : ceux qui connaissent la procédure technique ou légale savent à quel point elle ressemble à celle-là, ou plutôt à quel point elle en diffère. La procédure qui a régné si longtemps dans la plus grande partie de l'Europe en offrait le contraste absolu à tout égard (1). »

1. Bentham, *op. cit.*, p. 13.

Avec Bentham, nous soutenons que le bon sens, de même que l'esprit de justice impose en cette matière la liberté comme base, comme point de départ.

Ce point de vue est puissamment confirmé par la tendance moderne des législations et de la jurisprudence qui est orientée dans le sens de la liberté. Les législations allemande et suisse apportent les manifestations les plus évidentes de cette tendance.

Toutefois, il y a certainement lieu de se garantir contre les excès possibles de la liberté. Il y a des cas où l'intérêt social a besoin d'une sauvegarde particulière et spéciale. Il est notamment impossible de ne pas imposer aux particuliers dans certains cas l'obligation de conserver matériellement la preuve de leurs transactions, si ce n'est dans leur intérêt, tout au moins dans l'intérêt des tiers. Pour la transmission des droits réels, par exemple, la réglementation en matière de preuve, sous la forme de transcription, se justifie pleinement (Voir Colin et Capitant, t. I, p. 941).

Bentham lui-même reconnaît en termes excellents que « le principe de la liberté ne peut être conservé, à moins que l'on n'y apporte des exceptions.

« Il ne faudrait pas toutefois abuser du parallèle pour faire de la procédure domestique le type exclusif de la procédure légale : il y a des différences essentielles. De cela seul qu'un Etat est plus grand qu'une famille, il y a bien d'autres difficultés pour constater les faits, pour se procurer des témoins, pour s'assurer de la personne des prévenus. De plus,

un juge n'est pas un père ; il a une responsabilité publique, il doit satisfaire par ses jugements d'autres que lui-même. Il faut donc entourer les tribunaux judiciaires de différentes sauvegardes qui ne sont pas nécessaires dans le tribunal domestique (1). »

Ainsi la preuve judiciaire doit être dominée par le principe de la libre recherche ; à cette condition seulement elle sera vraiment l'établissement de la vérité d'un fait contesté ; toutefois, la loi pourra l'enfermer exceptionnellement dans certaines règles, mais sans priver totalement le juge d'une certaine liberté d'appréciation, de sorte que si l'établissement de la vérité devra être fait en justice à la satisfaction de la loi, elle devra être aussi à la satisfaction du juge.

C'est pourquoi nous pouvons proposer en terminant, cette définition de la preuve :

La preuve judiciaire est l'établissement, en vue de la satisfaction du juge, de la vérité d'un fait contesté, au moyen de tous les éléments de nature à la faire éclater, sauf les restrictions edictées par des textes.

Cette définition embrasse l'ensemble de l'opération de la preuve judiciaire.

L'analyse de cette définition est simple : elle nous permet de dégager les trois données que voici qui constituent toute la théorie des preuves.

1. Bentham, *op. cit.*, p. 14.

- 1° *Le fait à prouver ;*
- 2° *Les moyens de preuve ;*
- 3° *La charge de la preuve ;*

Pour nous, ces trois éléments ont une égale importance. Le premier mérite d'être placé en tête parce qu'il est la base même de la théorie. Nous avons signalé dans notre avant-propos son intérêt pratique et nous avons indiqué que le but de notre ouvrage était d'attirer sur ce point généralement négligé l'attention des juristes du continent en particulier.

En France, le beau travail de M. le professeur Edmond Picard (*De la preuve par commune renommée*. Paris, 1911) a déjà fourni un important apport sur ce point. Cet auteur a fait lumineusement ressortir la distinction qu'il faut faire entre les deux premiers éléments de notre analyse. Dans ce qu'il appelle la différence entre les procédés de preuve et l'analyse logique de la preuve.

« Les procédés de preuve sont destinés à constater l'existence du fait, quel qu'il soit, nécessaire pour entraîner le gain du procès. »

« L'analyse logique de la preuve a pour but de déterminer quel doit être ce fait. »

Nous croyons qu'il y a lieu de grouper dans une théorie générale du fait à prouver toutes les questions qui se rattachent à cet élément de la preuve.

C'est à cette tentative de synthèse que nous consacrons toute la suite de cet ouvrage.

DEUXIÈME PARTIE

LE FAIT A PROUVER

CHAPITRE PREMIER

GÉNÉRALITÉS

La question du fait à prouver n'a guère encore été l'objet d'une théorie d'ensemble dans la littérature juridique.

Dans toutes les législations, il est reconnu que la preuve est l'établissement d'un fait ou des faits qui sont en question dans un procès (*fact* ou *facts in issue*). Mais l'étude de ce fait est généralement négligée par les auteurs français (et les auteurs égyptiens).

Ceux-ci n'en donnent ni une définition nette ni une classification ; ils en étudient cependant les conditions. Le législateur français ne parle guère de ces conditions qu'à propos de l'enquête (le législateur égyptien réalise un progrès). Trois de ces conditions

sont prescrites par l'article 253 du Code de procédure civile français, dont la disposition est générale, bien qu'elle n'ait en vue que la preuve testimoniale : « Si les faits sont admissibles et qu'ils soient déniés, et que la loi n'en défende pas la preuve, elle pourra être ordonnée. »

La doctrine se contente de remarquer que l'application de cette règle, relative aux conditions du fait, est « abandonnée aux tribunaux, à qui il appartient d'apprécier souverainement si ces faits remplissent les conditions exigées par la loi (1) » appréciation dont la Cour de cassation n'a pas à connaître et qu'elle n'a pas à contrôler.

Nous n'avons pas à revenir sur l'intérêt pratique que présente une étude approfondie du fait à prouver. C'est la question en présence de laquelle l'avocat se trouve journellement.

Les auteurs anglo-américains se livrent au contraire à ce sujet aux discussions les plus minutieuses. C'est un point considéré par eux comme fondamental. Il serait intéressant de formuler une théorie d'ensemble sur ce point. C'est à une telle opération de synthèse que nous voulons ici nous livrer.

Nous dégagerons donc les points suivants :

- 1° La définition du fait à prouver ;
- 2° La classification des faits à prouver ;
- 3° Les conditions qu'ils doivent présenter.

1. Garsonnet, *op. cit.*, § 698 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. XII, § 79 et s.

Nous examinerons dans un quatrième paragraphe un principe général qui est à la base de la théorie des preuves, à savoir : l'administration de la preuve du fait ne peut avoir lieu en dehors de l'audience et en l'absence des parties.

Dans ce chapitre général nous ne pouvons d'ailleurs qu'énumérer les conditions du fait à prouver. Chacune de ces conditions fera l'objet d'un chapitre spécial.

§ 1^{er}. — Définition du fait à prouver

Le ou les faits à prouver, c'est le ou les faits qui, dans une espèce particulière, sont légalement essentiels à l'établissement du bien fondé d'une réclamation ou d'une défense de l'une ou l'autre des parties, et qui sont respectivement allégués ou déniés ¹ (1).

Telle est la définition que nous trouvons dans *The Laws of England* de The Earl of Halsbury, t. XIII, n° 609.

Parmi les faits qui surviennent dans le monde, et nous appelons par là tout ce qui arrive, les événements de la nature, les actions de l'homme, les catastrophes et les menus accidents de la vie journalière, les mille détails de l'existence : par exemple, un incendie, la réunion du Parlement, la guerre, le tremblement de terre, la mort, le contrat, le voyage,

1. Comp. Phipson, *op. cit.*, p. 43. Comp. Glasson, *op. cit.*, p. 745.

le cours d'un professeur, etc. Quels sont ceux qui peuvent être des faits à prouver ?

Ce ne peut être que des faits qui intéressent le droit.

Telle est la condition *sine qua non* que doit remplir le fait à prouver, abstraction faite de tel ou tel procès.

Pourquoi ? Parce que sinon, l'on n'aurait aucun intérêt à en invoquer l'existence pour la solution du litige (1).

Quels sont les faits qui intéressent le droit ? Ce sont les faits qui entraînent des conséquences juridiques. Aussi on a l'habitude de les qualifier des faits juridiques. Ainsi la nature du fait à prouver c'est d'être un fait juridique.

Qu'est-ce qu'on entend par là ? Sur ce point la terminologie juridique n'est pas très arrêtée, mais au fond tous les auteurs sont d'accord. M. Capitant entend par faits juridiques : « Les événements qui font naître les droits, les transmettent ou les modifient. »

Cette expression est très large : elle comprend tous les faits soit purement matériels et indépendants de la volonté de l'homme, soit produits par l'activité de ce dernier qui ont pour conséquence de créer de modifier ou d'éteindre des droits (2).

Pour Holland (3), les faits sont : 1° « Les *Events* »

1. Capitant, *Introduction à l'étude en droit civil* déjà cité, p. 347. Comp. Glasson, p. 745.

2. Capitant, *Introd., op. cit.*, p. 245.

3. Holland, *op. cit.*, p. 101.

événements, des mouvements de la nature extérieure, des actes d'un être humain autre que ceux de la personne dont les droits ou obligations sont en question. Bien entendu Holland ne s'arrête qu'à ceux de ces faits qui ont des conséquences légales; 2^o les actes, c'est-à-dire des manifestations de volonté, parmi lesquels il y a à distinguer ceux dont l'effet juridique est voulu et ceux où il est involontaire. »

Cette définition concorde avec celle de M. Capitain. Toutefois Holland n'emploie pas le terme fait juridique.

Savigny appelle faits juridiques les faits qui ont « pour caractère commun d'apporter dans le temps, un changement aux rapports de droit de personnes déterminées (1). »

Peu nous importe pour le moment « les différences qui existent au sein de cette nature commune »; il n'y a que ces faits-là qui peuvent être des faits à prouver.

Aubry et Rau réservent le terme de fait juridique à tous les faits de l'homme qui de leur nature ont pour résultat immédiat et nécessaire, soit de créer ou de transférer, soit de confirmer ou de reconnaître, soit de modifier ou d'éteindre des obligations ou des droits. Ces deux auteurs ont une conception évidemment restreinte du fait juridique. Ainsi la naissance, la mort ne sont plus pour eux des faits juridiques, parce qu'ils ne sont pas des faits de l'homme mais de la nature. Ainsi la chasse n'est pas un fait juri-

1. Savigny, *le Droit romain*, t. III, p. 3.

dique parce qu'il n'est pas de sa nature d'entraîner des conséquences juridiques. Ils les appellent des faits purs et simples.

M. Capitant entend par faits juridiques les deux catégories de faits distingués par Aubry et Rau. Il convient de remarquer que ces deux derniers ont construit cette distinction à propos de l'article 1341 du Code civil français, relatif à la prohibition de la preuve testimoniale « de toutes choses » excédant 150 francs. Il s'agissait pour eux de donner une interprétation du terme « toutes choses » (Comp. Laurent 19, p. 435, n° 405).

Il est impossible, à notre avis, de s'en tenir pour la définition générale du fait à prouver, à cette notion restreinte. Les divergences que nous avons signalées ci-dessus ne portent que sur la terminologie. Au fond, tout le monde est d'accord pour admettre que seul *un fait qui est susceptible de produire un effet de droit peut être à prouver*.

Or, il n'y a pas de faits qui par leur nature ne puissent jamais intéresser le droit. On ne peut donc autrement préciser la notion du fait à prouver qu'en disant que c'est un fait qui intéresse le droit, que ce soit habituellement, naturellement, ou occasionnellement.

Toutefois, il est très important de procéder à une classification des faits qui, intéressant le droit, sont ainsi des faits à prouver. C'est à cette classification que nous allons procéder.

Avant d'aborder cette étude, nous devons attirer l'attention sur l'intérêt qu'il y a à ne pas confondre

le « fact probans » et le « fact probandum ». Le « fact probandum » c'est le fait que l'on a à prouver à l'appui d'une prétention légale. Le « fact probans » c'est le fait qui sert d'élément de conviction en vue de prouver le « fact probandum » (1).

§ 2. — Classification des faits à prouver

Le fait à prouver peut-il être une question de droit? Si l'on répond par l'affirmative, il faut placer au premier rang dans la classification des faits à prouver la distinction des points de fait et des points de droit. La question de savoir si les règles de droit peuvent faire la matière d'une preuve proprement dite a fait l'objet de quelques discussions. Nous considérons qu'il faut répondre par la négative. Au point de vue de la classification, cette distinction ne saurait donc nous intéresser. Pour ce qui est des règles à suivre pour distinguer le point de droit du point de fait, et de l'intérêt de cette distinction, nous en renvoyons l'étude à notre chapitre IV (2).

1^o *Classification. — Faits positifs et faits négatifs.*
— En se plaçant au point de vue le plus général, on doit d'abord considérer le caractère positif ou négatif du fait à prouver.

Comme le dit excellemment Bentham, eu égard à la preuve, un fait positif est celui qui est exprimé par une proposition affirmative : Robert a été tué ; Jacques a tué Robert.

1. Wigmore, *op. cit.*, p. 6.

2. Voir *infra* p. 352 *infra*.

Un fait négatif est celui qui est exprimé par une proposition négative : Tout ce qui peut être énoncé par une proposition est un fait. C'est pourquoi il n'y a rien de singulier à parler d'un fait négatif.

Quel intérêt y a-t-il à conserver cette distinction au point de vue de la technique juridique ?

Un rapide coup d'œil historique nous paraît nécessaire afin de mettre davantage en lumière l'intérêt actuel de la question.

Cette distinction a déjà une valeur technique en droit romain. Elle aurait servi à fournir une exception au principe général que la charge de la preuve incombe au demandeur et l'on dit que Paul l'a formulé ainsi (1) : « Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat ». Mais ce texte peut signifier simplement que la preuve incombe à qui émet une prétention quelle qu'elle soit, et non à qui se contente de la dénier : ce qui rentrerait, comme le fait remarquer M. Thévenet dans la règle générale sur la charge de la preuve.

C'est à cette signification que se ramène un autre texte du droit romain, relatif, semble-t-il, à la dispense de prouver la négative : Le Rescrit de Dioclétien et Maximien, loi 23 du Code (*De probationibus*, IV, 49) s'exprime ainsi : « Actor, quod adseverat probare se non pösse profitendo, reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit, cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit. »

1. Comme l'a fait remarquer M. Thévenet (Jean) dans sa thèse : *Essai d'une théorie de la charge de la preuve*, Lyon 1921, p. 31, on n'indique pas la référence.

Cela ne veut pas dire autre chose si ce n'est que, tant que le demandeur n'a pas fait sa preuve, le défendeur n'a qu'à nier, sans être tenu de prouver sa négative, puisque le poursuivant auquel incombe la preuve n'y est pas encore parvenu.

Les glossateurs, par une erreur préméditée (comme dit Lessona) construisirent une théorie qui exclut parfois la preuve des faits négatifs (1).

Ils examinèrent isolément la proposition : « *probatio non incumbit cui negat ; per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit ; negantis naturali ratione probatio nulla est* » et, tenant compte d'autre part des textes dans lesquels est mentionnée l'obligation de la preuve des faits négatifs (2), ils distinguèrent :

a) la négative de qualité ;

b) la négative du droit ;

c) la négative de fait (3).

a) La négative de qualité consiste dans le fait de nier qu'un tel soit riche, qu'un tel soit Egyptien.

b) La négative de droit consiste à nier qu'un acte soit légitime.

c) La négative de fait consiste à nier l'existence d'un fait matériel (4).

1. Lessona, *op. cit.*, p. 251, n° 139.

2. Les dits textes sont rapportés par Lessona *op. cit.*, p. 252, note 1. — Comp. Bonnier *op. cit.*, n° 40, p. 25.

3. Danty, *Traité de la preuve par témoins en matière civile*. Paris, 1752, p. 9, reprend très nettement cette distinction des glossateurs.

4. Bonnier, *op. cit.*, n° 40, p. 25.

Si le fait est défini dans le temps et dans l'espace (négative *coarctata loco et tempore*) la preuve de ces circonstances devient une preuve d'un fait positif qui doit être fournie.

Si le fait est indéfini, la preuve est impossible. Mais la preuve contraire en serait facile de la part de l'adversaire. C'est pourquoi la charge de la preuve serait alors renversée et on demanderait à ce dernier de la fournir. A cela se ramène la dispense de prouver les faits négatifs et l'exception qui est ainsi apportée au principe de la charge de la preuve d'après les glossateurs.

Cette théorie s'est répandue en Allemagne grâce à l'ouvrage classique de Weber (1). Les auteurs antérieurs tel que Schneider (2), et Grolmann (3) soutiennent qu'un fait négatif ne peut faire l'objet d'une preuve.

Au contraire, en droit anglais, cette preuve doit être fournie (4).

L'Assise de Jérusalem impose la preuve du fait négatif ; par le moyen d'une conversion de la négative en affirmative (5)).

1. *Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung in civil process*. Leipzig, 1845.

2. *Vollständige Lehre vom rechtlichen Beweise*, 1803.

3. *Theorie des gerichtlichen Verfahrens*, 1822.

4. Best, *Grundzüge des Englischen Beweisrechts*. Heidelberg, 1851.

5. Voir cet exemple cité au chap. LXV : « Je dis que tel homme n'est pas né de loyaux mariages et suis prêt à prouver comment il était né avant que son père épousât sa mère (Rapporté par Lessona, *op. cit.*, p. 253).

Dans l'ancien droit français, les auteurs les plus anciens ont très bien discerné qu'il n'y a pas en principe à traiter autrement la preuve de la négative que celle de l'affirmative. Beaumanoir (1) fait remarquer que la proposition négative contient une allégation positive, à savoir l'affirmation d'un fait manifestement incompatible avec un autre fait précédemment allégué.

Cependant, les anciens auteurs ont également aperçu le cas de la négative que l'on appelle la négative de fait. « Lorsqu'on met en avant un fait précis, déterminé, la négation de ce fait semble avoir quelque chose d'insaisissable qui échappe à l'analyse. De là la vieille maxime : *Magis creditur duobus testibus affirmantibus quam mille negantibus* (2). »

Dans ce cas la proposition négative ne pourra être retournée en proposition affirmative que si elle peut faire appel à des faits précis, incompatibles avec l'affirmative. A défaut de tels faits, elle est tout comme peut l'être une proposition affirmative, une prétention dénuée de preuve. Cependant il y a un cas dans lequel il est impossible de rassembler le nombre des faits incompatibles suffisant pour ruiner l'affirmative : tel est le cas, par exemple, de la négation : Je n'ai jamais rencontré Titus. C'est qu'on est alors en présence d'une négative indéfinie. Mais comme le fait remarquer Bonnier, il est tout aussi

1. *Coutumes de Beauvoisis*, chap. XXXIX, n° 50. — Voir Bonnier, *op. cit.*, p. 25.

2. Bonnier, *op. cit.*, et *loc. cit.*

impossible de prouver une affirmative indéfinie ; par exemple, qu'Ahmad a vu Marcos tous les jours de sa vie (1).

Ainsi dans l'ancien droit avait prévalu cette doctrine en vertu de laquelle il n'y avait pas à se préoccuper du caractère négatif ou affirmatif des faits à prouver.

Voir Cocceius : dans sa dissertation *De directa probatione negativa*, publiée en 1698 : « *Si negativa indefinita probari non potest, id non inde est quia negativa, sed quia indefinita ; nec affirmativa indefinita potest* (2). »

Dans la *Common law* anglaise la règle en vertu de laquelle « l'obligation de prouver incombe toujours à la partie qui soutient l'affirmative ne tient nullement à l'impossibilité prétendue de prouver la négative. Pour les auteurs anglais, le véritable critérium consiste à rechercher contre laquelle des parties devrait être rendue la décision, en l'absence de toute preuve et à charger cette partie du fardeau de la preuve ». C'est revenir à la maxime romaine (3).

La doctrine française contemporaine, Bonnier, Planiol, etc., est également dans l'ensemble d'accord pour n'attacher aucune importance au caractère négatif ou positif du fait à prouver.

Ou bien la proposition négative est définie et peut alors se transformer en une proposition affirmative,

1. Bonnier, *op. cit.*, p. 26.

2. Bonnier, *loc. op. cit.*

3. Thevenet, *Essai d'une théorie de la charge de la preuve*. Thèse Lyon, 1921, p. 32, n° 1.

ou bien elle est indéfinie, alors la preuve en sera impossible ; mais elle le sera de même pour l'affirmative indéfinie.

Toullier, *op. cit.*, t. VII, n° 16 ; Colmet de Santerre, V, n° 276 *bis* ; Baudry-Lacantinerie, II, n° 1177 ; Larombière sur l'article 1315, n° 16 ; Laurent, t. XIX, n° 95 ; Demolombe, t. XXIX, n° 192.

Voici ce que dit M. Demogue à propos de la preuve de la cause des obligations :

« Si l'obligation indique une cause, on présume que cette cause est réelle ; il est naturel de présumer l'exactitude non le mensonge. Peu importe qu'on oblige le débiteur à prouver une négative indéfinie. C'est la solution que la jurisprudence admet de façon indubitable (1).

MM. Aubry et Rau font remarquer que la loi impose quelquefois au demandeur l'obligation de prouver des faits négatifs sur lesquels sa demande est fondée, bien que ces faits ne soient pas de nature à se résoudre facilement en une affirmation contraire.

C'est ainsi que le demandeur en déclaration d'absence est tenu de prouver que le présumé absent n'a pas donné de ses nouvelles depuis sa disparition ; et que le successeur irrégulier, qui demande l'envoi en possession d'une succession, est tenu de prouver

1. *Traité des obligations en général*, 1^{re} partie. *Sources des obligations*, t. II. Paris, 1923 ; Cass. Req., 17 juillet 1906, *Rec. Sirey*, 1907. 1.457 ; Trib. Seine, 11 mai 1903, *Gaz. Trib.*, 1903, 2^e sem., 2. 455 ; *implic.* ; Trib. Mâcon, 25 février 1903, *ibid.*, 1^{re} sem., 2. 496. Alger, 18 mai 1911, *Gaz. Trib.*, 13 août 1911, Huc, VII, n° 86.

qu'aucun parent légitime ne s'est présenté pour la réclamer. De même, celui qui forme une demande en répétition de l'indu, est tenu de prouver qu'il ne devait rien à la personne à laquelle il a fait ce paiement. De même encore, celui que se prévaut d'un droit subordonné à la condition suspensive d'un fait négatif, est tenu de prouver l'existence de ce fait.

Du reste, il résulte de la nature même des choses, que le juge ne peut, lorsqu'il s'agit d'un fait négatif, exiger une preuve aussi rigoureuse que quand il est question d'un fait positif (1).

Mais il résulte de cette remarque d'Aubry et Rau qu'il y a bien un intérêt à maintenir cette distinction entre le fait négatif et le fait positif.

Par exemple, d'après l'article 1299 du Code civil français, celui qui a payé une dette à laquelle il pouvait opposer la compensation, peut conserver l'action de sa créance en prouvant qu'il avait une juste cause d'ignorer la créance.

Les expressions de l'article 1299 : « à moins qu'il n'ait eu une juste cause d'ignorer la créance qui devait compenser sa dette », n'ont pas pour objet, ainsi que l'enseigne Toullier (VII, 391), d'exiger la double preuve, et de l'ignorance, et d'une juste cause sur laquelle elle serait fondée.

« L'ignorance constituant un fait négatif dont la preuve directe et absolue est impossible, il suffit que celui qui s'en prévaut justifie d'une cause pro-

1. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. XII, p. 82.

nable d'ignorance. Telle est l'idée que le législateur nous paraît avoir voulu exprimer » (1).

Le paragraphe 3 du vieux Règlement autrichien sur la procédure civile impose expressément la preuve des faits négatifs. De même le Code civil italien, article 1312. Voir article 22 du même Code pour la présomption d'absence, (art. 724) pour la non-vitalité d'un enfant nouveau-né (art. 755, 758), pour l'existence de « successibles » (1121) pour la cause des obligations.

En Egypte, la jurisprudence des tribunaux mixtes, dans ses premiers arrêts semblait poser le principe qu'on ne peut pas prouver les faits négatifs. Voir les deux arrêts de la cour d'appel mixte d'Alexandrie du 16 janvier 1890 dans *Bulletin de législation et jurisprudence égyptienne*, t. II, p. 325 et du 14 janvier 1891 *loc. cit.*, III, p. 134.

Du premier il résulte qu'une enquête qui porterait sur un fait négatif est inadmissible.

Du deuxième, que la preuve de faits négatifs, tels que l'absence d'acte de possession de la part de l'adversaire est également inadmissible.

Mais cette jurisprudence a précisé son point de vue dans un arrêt plus récent, du 9 mai 1920 (*loc. cit.*, XII, 238): On ne saurait prouver par témoins un fait négatif, alors surtout qu'il est formulé sans aucune spécification. En un mot, c'est de négative indéfinie qu'il s'agit; la théorie des auteurs français contemporains est ici purement et simplement adoptée.

1. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, 1902, p. 425.

Dans le droit mulsuman, comme pour toutes les questions, c'est à l'époque classique que s'élève la discussion sur la distinction du fait négatif et du fait positif.

C'est Abd El Kader Al Raffei Al Farouhki, grand mouphti d'Egypte, qui nous rapporte cette discussion dans son livre *Al Takrir* (1323 de l'Hégire). D'après Al Marghinani (593 de l'hégire) auteur d'Al Hidaya, il n'est pas permis de prouver une proposition négative. En effet les témoins déposent soit d'après l'apparence des choses, soit d'après leur connaissance personnelle. Ils doivent en principe déposer d'après leur connaissance personnelle.

Le juge n'est pas obligé de leur demander l'origine de leur déposition. Or, s'agissant d'une proposition négative, il est évident qu'ils déposent toujours d'après l'apparence des choses. Il faut donc interdire la preuve des faits négatifs.

D'autres auteurs, dit El Raffei, admettent la preuve d'une proposition négative dans trois cas :

1° Quand la dite proposition peut entraîner la conviction;

2° Quand elle porte sur une conviction et non pas sur un élément du contrat;

3° Au cas où elle peut être convertie en affirmative.

Ces auteurs critiquent El Marghinani en reconnaissant qu'il n'a fait que répéter l'opinion de Abou Hanifa et Abou Youssef (1).

1. Abd el Kader Al. Raffei, *op. cit.*, t. II, p. 29 et s.

Un auteur de la dernière période Ala Eddine Ali, fils de Khalil El Taraboulsi dans son livre *Moïen El Hokkam* (Le Caire, Boulak 1.300 h.) l'Aide du juge) parvient à une construction plus achevée : « Il est, dit-il, communément enseigné par les docteurs, que le témoignage sur une proposition négative n'est pas admis. Il y a lieu de distinguer trois hypothèses :

1° Le fait négatif peut mener à une conviction;

2° Il peut mener à une grande probabilité;

3° Il ne peut mener ni à l'une ni à l'autre.

Dans le premier cas, on est d'accord pour en admettre la preuve. Par exemple : Un témoin peut déposer que dans tel lieu il ne se trouve pas une jument ou bien, que A n'a pas tué B hier au soir, parce qu'il était chez le témoin dans sa maison et ils ne se sont pas séparés.

Dans le deuxième cas, par exemple, pour déterminer les héritiers d'une personne, un témoin peut déclarer qu'il ne connaît pas d'autres héritiers que tels ou tels. Dans ce cas, il se peut qu'il y ait un successible qui lui ait échappé; mais c'est un cas de nécessité que d'admettre ici cette preuve.

Les propositions négatives qui ne rentrent pas dans les deux catégories précédentes comme par exemple, le fait que telle personne n'a pas payé sa dette, ne peuvent faire l'objet d'une preuve, car elles portent sur un fait indéfini, tandis que dans les deux cas précédents la proposition est plus ou moins définie » (1).

1. Alla eddine Ali, *op. cit.*, p. 112 et s.

Il y a là une manière de présenter les choses qui nous paraît très heureuse; ne serait-ce pas la meilleure?

2° *Classification*. — Y a-t-il lieu d'ajouter d'autres distinctions à celle tirée du caractère positif ou négatif du fait à prouver?

Bentham distingue en outre (1) :

1° Le fait connu par expérience et le fait connu par observation ;

2° Le fait physique, et le fait psychologique ;

3° Le fait qui sert en matière de preuve directement et celui qui sert indirectement ;

4° Le fait criminel ou culpable, et le fait justificatif ou disculpatif ;

5° Le fait collatif de droit, et le simple ablatif de droit.

La simple énumération de ces diverses sortes de classifications suffit à montrer leur absence d'intérêt scientifique. Les critères choisis ne jouent aucun rôle dans la technique juridique, au moins, du point de vue général où nous nous sommes placés.

Les faits à prouver ne doivent-ils pas néanmoins être divisés, de même que l'on divise en général les faits intéressant le droit, en actes juridiques et faits purs et simples ?

Nous savons que le fait à prouver est un fait juridique, ou pour employer une expression moins sujette à ambiguïté, un fait susceptible d'entraîner des conséquences juridiques.

1. *Op. cit.*, éd. 1823, p. 20.

Or, les juristes distinguent :

1° Les faits indépendants de la volonté de l'homme, exemple : la mort, la naissance, la minorité, l'écoulement d'un certain laps de temps ;

2° Les actes juridiques : qui comprennent les actes de l'homme, lesquels se divisent en :

a) Actes accomplis en vue de produire des effets de droit : par exemple le contrat ;

b) Les actes accomplis sans intention de produire un effet de droit : par exemple le délit, l'omission de l'exercice d'un droit (ce qui entraîne, par exemple, l'extinction d'un droit), ou l'omission d'une action, qui engage la responsabilité de l'auteur négligent.

Cette distinction que nous citons d'après M. Capitain (1) est admise par la doctrine à peu près partout.

Ainsi Holland distingue également :

1° *Events*, mouvements de la nature extérieure ;

2° *Acts* : mouvements de la volonté. Ces derniers se subdivisent en :

Inward acts où la volonté ne s'exprime pas en dehors.

Outward acts où la volonté s'exprime au dehors.

Ces derniers se subdivisent encore en :

Lawfull et *unlawfull* suivant qu'ils ont ou non un effet juridique (2).

S'ils ont un effet juridique, ils se subdivisent une dernière fois en deux catégories. :

1. Introd., *op. cit.* (1912), p. 247.

2. *Op. cit.*, p. III.

Ceux où l'effet juridique n'est pas voulu par l'auteur.

Ceux où il est voulu.

Si l'on passe sur les éléments qui compliquent la classification de Holland du fait qu'il envisage les faits en général et pas seulement les faits ayant des conséquences juridiques, on voit qu'en dernière analyse elle se ramène à celle de Capitant.

Holland note que l'acte de l'être humain qui est celui d'une autre personne que celle qui est partie au procès est par rapport à celle-ci comme un « *event* » (1).

Au point de vue de la preuve, y a-t-il lieu de distinguer suivant que le fait à prouver est ou n'est pas un acte juridique, soit au sens large, acte de l'homme produisant, volontairement ou non, un effet juridique, soit au sens restreint, seulement l'acte intentionnellement juridique.

En droit français, la distinction entre l'acte volontairement accompli dans l'intention de produire un effet de droit et tous autres faits ou actes a une grande importance, dit Capitant, en matière de preuve (2).

En règle générale, la preuve des faits matériels n'est soumise à aucune restriction ; elle peut être administrée par tous les moyens qui s'offrent à l'intéressé et qui sont de nature à engendrer la conviction dans l'esprit du juge. Par exemple, la personne

1. *Op. cit.*, p. 102.

2. *Op. cit.*, p. 348.

qui est victime d'un dol ou d'un délit, et qui réclame à l'auteur, soit l'annulation du contrat, soit des dommages-intérêts, fera la preuve des actes dolosifs ou délictuels comme elle le pourra. En effet, il ne dépend pas des parties de s'en procurer une preuve écrite régulière.

Il y a cependant quelques faits pour lesquels la loi fixe à l'avance les modes de preuve qui pourront être employés et écarte les autres comme ne présentant pas des garanties suffisantes de sincérité. Ainsi, la preuve de la filiation d'une personne est réglementée par les articles 319 et suivants du Code civil.

Quant aux événements tels que la naissance et la mort, le code a organisé un procédé de constatation, qui permet d'en administrer très facilement la preuve. Mais, bien entendu, il n'a pas écarté la possibilité de prouver ces faits par d'autres moyens, lorsque le mode régulier de constatation fait défaut.

Quand il s'agit, au contraire, d'actes juridiques, la loi réglemente les moyens de preuve qui peuvent être employés. Notamment pour empêcher de trop fréquentes constatations, elle exige que les parties qui passent un acte juridique de quelque importance rédigent un écrit. L'écrit, « *l'instrumentum*, » est le mode de preuve régulier, normal de l'acte juridique.

Notre classification des faits à prouver doit donc pour être complète, et pour tenir compte du droit positif français, de même du droit italien et du droit

égyptien, etc., adopter la distinction entre l'acte juridique et les autres faits.

Mais nous devons ajouter que cette distinction doit être exactement précisée. Il s'agit, en effet, pour le droit français d'interpréter le premier alinéa de l'article 1341 qui prescrit de passer acte... « de toutes choses excédant la somme de 150 francs ». Les mots « toutes choses » sont synonymes de « faits juridiques » d'après les auteurs français. Les faits auxquels s'applique le principe posé par l'article 1341 (prohibition de la preuve testimoniale) sont ceux que l'on appelle les faits juridiques, et nous devons ajouter « *stricto sensu* ». Les faits juridiques, ainsi que nous l'avons vu ci-dessus, d'après M. Aubry et Rau, sont : tous les faits de l'homme qui, de leur nature, ont pour résultat immédiat et nécessaire soit de créer ou de transférer, soit de confirmer ou de reconnaître, soit de modifier ou d'éteindre des obligations ou des droits.

Au contraire l'article 1341 ne s'applique pas aux faits matériels ou faits purs et simples. Exemple : les actes de l'homme qui n'ont pas de conséquences juridiques du fait de leur nature même ; la chasse, l'ensemencement d'une récolte, etc., et les événements de la nature.

Nous ne pouvons entrer ici dans les détails de cette distinction quand il s'agit de faits « mixtes » pouvant, selon la manière dont on les considère, entrer dans l'une ou dans l'autre des deux catégories. Ainsi, en cas de mandat tacite, on peut considérer les faits à prouver constitutifs du lien juri-

dique comme des faits juridiques ou comme des faits purs et simples d'où l'on peut induire seulement le fait juridique lui-même.

De même, s'agissant de prouver le caractère illicite de la cause d'une libéralité, la jurisprudence autorise la preuve par tous les moyens, dans la généralité des cas, du caractère illicite de la cause des libéralités (1).

Quoi qu'il en soit, ainsi précisée, cette distinction est très particulière, d'un caractère très technique ; elle est le résultat de l'exégèse des textes.

Nous devons nous demander si elle n'a pas néanmoins, abstraction faite de l'aspect spécial que lui donne le droit positif français, une valeur plus générale.

Quelle est l'origine de cette distinction ?

Son origine immédiate dans le droit français c'est l'ordonnance de 1566 qui introduisit en France la prohibition de la preuve testimoniale pour « toutes choses excédant la somme ou valeur de cent livres ».

Mais il n'est pas impossible d'en retrouver l'existence bien au delà, appliquée d'ailleurs à d'autres usages et même dans le droit romain.

Ainsi, à Rome, l'action *quod metus causa* ne se référait qu'aux actes juridiques (2).

L'action de dol était donnée, au contraire, aussi

1. Capitant, *De la cause des obligations*. Paris, 1923, p. 468 et sq.

2. Léon Costes, *De la distinction des faits juridiques et des faits matériels*. Thèse Toulouse, 1887, p. 28 et s.

bien en matière de faits purs et simples qu'en matières d'actes juridiques.

Ainsi la *restitutio in integrum* n'est accordée au mineur que pour ses actes juridiques. De simples faits matériels ne pouvaient donner lieu à l'intervention du législateur ; et par là on entendait même des faits, tels que le délit, qui seraient d'après la doctrine française moderne considérés comme des faits juridiques visés par l'article 1341 (1).

Ainsi la distinction porte sur l'acte juridique, acte accompli dans l'intention de produire un effet de droit, et tout autre fait.

De même l'action paulienne n'est recevable que contre les actes juridiques proprement dits du débiteur (2).

C'est ce qu'exprime Ulpien dans la loi I, § 2 : *Quæ in fraudem creditorum*.

Parmi les faits juridiques soumis à l'action paulienne, on peut citer l'aliénation : L. I, § 2 : *Quæ in fraudem* :

La remise de dette ;

La remise des sûretés d'une créance.

Au point de vue de la preuve, cette distinction a-t-elle présenté un intérêt pratique en droit romain ?

A l'époque de la procédure extraordinaire, on rend l'emploi de la preuve littérale obligatoire pour certains actes.

1. Léon Costes, *op. cit.*, p. 19.

2. Léon Costes, *op. cit.*, p. 22.

C'est alors qu'on eut recours, encore, pour cette innovation à la distinction entre les faits juridiques et les faits purs et simples. Or, c'est exactement entre l'acte juridique et le fait que se fit le départ.

Ainsi, pour l'affranchissement, Constantin en l'an 316 exige qu'un écrit soit dressé pour qu'aucune difficulté ne pût ensuite s'élever relativement à la concession de la liberté (L. I, C. *De his qui in ecclesiis*, 1.13).

L'affranchissement est évidemment un acte accompli avec l'intention de produire un effet de droit.

Il en est de même de la répudiation, de la légitimation, de l'adoption, de l'abrogation, de l'émancipation, de la donation, des baux emphytéotiques et du paiement (Pour l'étude détaillée de ces cas et pour les textes qui les concernent voir la thèse de M. Léon Costes, déjà citée en note : *De la distinction des faits juridiques et des faits matériels*. Toulouse, 1887, p. 19 et suiv.).

Enfin, la stipulation, le moule de toutes les conventions, ne pouvait plus être prouvée que par écrit, surtout à partir de Justinien (1).

Ainsi la distinction de l'acte juridique et du fait qui n'est pas un acte accompli dans le but de produire un effet de droit a joué, en droit romain, un rôle déterminant dans le développement de la preuve littérale.

Ce rapide coup d'œil sur le droit romain nous

1. Léon Costes, *op. cit.*, p. 49 et s.

montre l'intérêt que présente la distinction dont s'agit dans l'organisation de la preuve.

Suivant que le fait à prouver est ou n'est pas un acte juridique, les moyens de preuve varient, la preuve littérale l'emporte ou non sur le témoignage.

Ainsi, si poursuivant cet aperçu historique, nous passons à une époque où la preuve littérale tombe en discrédit, nous remarquons que la distinction cesse de présenter un intérêt quelconque au point de vue de la preuve.

A l'époque barbare et au moyen âge, la preuve littérale cède le pas à l'ordalie, au combat judiciaire ; à ce moment, il n'est pas possible de trouver la moindre trace de la distinction. De même quand le combat judiciaire cède le pas à la preuve testimoniale.

Ce n'est qu'avec le statut de la ville de Bologne, approuvé par le Pape Nicolas V, de 1454, et l'ordonnance de Moulins de 1566, que la distinction reparaît. Nous rejoignons ici immédiatement le droit français moderne et l'article 1341 du Code civil.

Dans le droit musulman, où la preuve littérale ne fut jamais en faveur au point de mettre en échec la preuve testimoniale, on ne trouve aucune allusion à cette distinction des faits à prouver.

Dans le droit égyptien, le Code civil indigène article 215 et le Code civil mixte 280, reproduisent la prohibition de la preuve testimoniale édictée par le Code civil français, article 1341, dans les termes suivants : « Dans toutes matières autres que celles commerciales et quand il s'agira de sommes ou

valeurs supérieures à 1000 P. T. ou indéterminées, les parties qui n'auront pas été empêchées par les circonstances de se procurer un écrit constatant l'obligation ou la libération ne seront pas admises à en faire la preuve par témoins ou par présomptions. »

Ce texte, on le voit, évite d'employer le terme « toutes choses » employé par le législateur français. Il laisse aux tribunaux le soin d'apprécier à propos de quels faits les parties pourront invoquer les circonstances qui dispensent de l'écrit.

C'est vraiment le cas de savoir si la distinction entre l'acte juridique et le fait pur et simple ou bien entre le fait juridique *stricto censu*, et le fait matériel, a un rôle à jouer en matière de preuve.

Si nous consultons la jurisprudence égyptienne, nous découvrons qu'elle a fait immédiatement appel à cette distinction, et nous allons voir dans quels cas elle a considéré les faits comme matériels et dans quels autres cas elle les a considérés comme juridiques.

a) Exemples de faits matériels :

Un individu est connu sous un autre nom et est encore vivant à une époque déterminée (23 novembre 1893, *B. L. J.*, t. VI, 40).

Les conventions dont la valeur excède P. T. 4,000 sont des faits susceptibles d'être prouvés par témoins pour les tiers qui sont restés étrangers à l'acte.

(Voir Holland : L'acte de l'homme qui poursuit intentionnellement un effet juridique est un fait,

un « event » pour les tiers) (22 janvier 1890, *B. L. J.*, II, 386).

Le délaissement de lieux loués ou la continuation de l'occupation après l'expiration du bail (23 avril 1895, *B. L. J.*, VIII, 249).

Le délit ou le quasi délit (4 janvier 1892, *B. L. J.*, IV, 105).

Une stipulation illicite (11 décembre 1889, *B. L. J.*, II, 97).

L'usure (parce que c'est une fraude à la loi) (22 décembre 1897, *B. L. J.*, X, 48).

b) Exemples de faits juridiques :

Un droit de propriété ne peut être prouvé que par des titres ou des faits matériels de possession (23 novembre 1893, *B. L. J.*, t. VI, 40).

Une convention relative à une matière excédant la valeur de P. T. 1.000 (5 juin 1889, *B. L. J.*, I., 168).

La libération, par à-comptes qui, pris isolément sont inférieurs à 1000 P. T. mais dépassent cette somme dans leur ensemble (13 juin, *B. L. J.*, VI, p. 319).

La vente immobilière (2 janvier 1896, *B. L. J.*, VIII, 57).

L'existence ou la résolution d'une convention s'agissant d'une valeur supérieure à 1000 P. T. ou indéterminée (un immeuble) (6 février, *B. L. J.*, VIII, 245).

La renonciation à un droit se référant à un immeuble et à une action de valeur indéterminée.

Ceci même à l'égard de l'acheteur qui n'est pas

un tiers, mais un ayant cause du vendeur (1^{er} avril 1897, *B. L. J.*, IX, 258).

La nature et la valeur d'objets perdus à l'occasion d'un accident de chemin de fer (11 mars 1897, *B. L. J.*, IX, 196).

Il est facile de préciser le sens de la distinction en droit égyptien. On ne tient en somme pour des faits juridiques, exclusifs de la preuve testimoniale, que les actes juridiques proprement dits.

C'est ce qui résulte du caractère de fait matériel attribué aux délits ou quasi-délits. Ces derniers rentrent dans la définition du fait juridique donné par Aubry et Rau, et les auteurs en donnent pour preuve, qu'ils ont été exclus formellement par le législateur français de la prohibition édictée par l'article 1344. Pareille exception n'existe pas dans le texte égyptien. C'est en modifiant la distinction française que les tribunaux égyptiens sont restés d'accord avec l'équité.

Ces observations, ainsi que l'examen tout entier de l'application à laquelle la distinction a donné lieu, tant en droit romain qu'en droit français, nous révèle son véritable intérêt et la raison profonde pour laquelle elle doit être conservée dans une classification des faits à prouver.

Il y a intérêt, en vue de la réglementation de la preuve préconstituée, à distinguer parmi les faits à prouver ceux qui sont des actes accomplis dans un but juridique et ceux qui n'ont pas cette nature.

Ce n'est évidemment que lorsque les particuliers ont pu prévoir les conséquences juridiques de leurs

actes, et agir en vue de produire des effets juridiques, que le législateur pourra exiger ce qu'on appelle la preuve préconstituée.

La preuve préconstituée est celle qui est établie avant toute contestation en prévision de l'avenir et à un moment où personne encore ne songe à mettre en doute soit l'existence soit les clauses du contrat (1).

On ne peut guère ainsi se préoccuper de rassembler les preuves d'un fait avant même qu'il soit contesté, que quand il s'agit de faire un acte en vue de produire un effet de droit.

D'où l'intérêt qu'il y a à distinguer parmi les faits à prouver, l'acte juridique de tout autre.

Dans les législations mêmes qui ne limitent pas le nombre des moyens de preuve, en droit anglais, en droit allemand, il existe des dispositions édictant la rédaction d'un écrit pour certains actes, lequel écrit constitue une sorte de preuve préconstituée (2).

L'intérêt de cette distinction ne se limite donc pas exclusivement au droit français. Nous pouvons donc la maintenir dans notre classification méthodique des faits à prouver.

1. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 1915, t. I, p. 135.

2. Capitant, art. cité ; in *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1919, *passim*.

§ III. — Conditions que doit remplir le fait à prouver

Les faits ainsi définis et ainsi classés ne peuvent être la matière d'une preuve dans un litige donné que s'ils remplissent certaines conditions.

Par exemple, celui qui réclame le remboursement d'un prêt ne cherche pas à prouver que son débiteur l'a injurié, mais qu'il lui a signé un billet.

Dans toutes les législations, il est traité de ces conditions. Mais toutes les législations n'accordent pas à cette question que nous considérons comme essentielle l'importance qu'elle mérite.

Nous allons passer successivement en revue le droit français, le droit égyptien, le droit allemand, le droit musulman et le droit anglo-américain.

A. *Le droit français.* — Voici d'abord les textes. Ils sont très succints :

253: « Si les faits sont admissibles, qu'ils soient déniés et que la loi n'en défende pas la preuve, elle pourra être ordonnée.

254: « Le tribunal pourra aussi ordonner d'office la preuve des faits qui lui paraîtront concluants, si la loi ne le défend pas. »

Ces articles ont été rédigés à propos de l'enquête. Le législateur n'a pas élaboré une théorie générale. Cependant les principes généraux que l'on en dégage sont applicables en toute matière.

La doctrine en déduit que le fait à prouver doit remplir quatre conditions :

- 1° Il doit être *pertinent* (1) ;
- 2° Il doit être *admissible* ;
- 3° Il doit être *déterminé* ;
- 4° Il doit être *contesté*.

Pour la première condition qui est une pièce essentielle de tout le système de la preuve, la doctrine (2) et la jurisprudence sont d'accord pour donner au juge un pouvoir souverain d'appréciation. On n'a jamais tenté jusqu'à présent d'en faire *une synthèse technique*.

B. *Le droit égyptien*. — Le législateur égyptien (statut réel) marque un progrès sur le législateur français. Il ne parle pas de ces conditions seulement à propos de l'enquête (3) ; mais aussi à propos de l'interrogatoire des parties (4), du serment (5) et de l'inscription en faux (6). Toutefois il ne s'est pas élevé à une théorie générale.

Comme nous le verrons, au point de vue de l'application de la règle de la pertinence notamment, la

1. On dit aussi : concluant (Garçonnet, *op. cit.*, t. II, § 692, p. 478, note 1).

2. Garçonnet, *op. cit.*, t. II, § 692, p. 478 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. XII, § 749-2°, p. 72.

3. Art. 178 C. de proc. civ. et com. indigène, art. 200. C. de proc. civ. et com. mixte.

4. Art. 154. C. de proc. civ. et com. indigène, art. 181. C. de proc. civ. et com. mixte.

5. Art. 165. C. de proc. civ. et com. indigène, art. 186. C. de proc. et com. mixte.

6. Art. 282. C. de proc. civ. et com. indigène, art. 323. C. de proc. civ. et com. mixte.

doctrine et la jurisprudence égyptienne, sont dans le même sens que la doctrine et la jurisprudence françaises (1).

C. *Le droit allemand.* — Dans le Code de procédure civile pour l'empire d'Allemagne, on peut relever les dispositions suivantes, relatives aux conditions du fait à prouver :

a) Art. 121. « Les écritures préparatoires du débat contiendront :

« 3° L'énoncé des points de fait servant à justifier les conclusions...

b) Art. 129 : « Les faits qui ne sont pas expressément déniés doivent être tenus pour avérés. »

c) Art. 264 : « Les faits notoires pour le tribunal n'ont pas besoin d'être prouvés. »

En somme, le Code de procédure civile allemand est resté à peu près muet sur cette question.

D. *Le droit musulman.* — Les docteurs musulmans ont dégagé depuis longtemps les règles ci-dessus énoncées. De plus, ils ont élaboré une théorie générale qu'ils énoncent au commencement de leurs livres relatifs à la procédure. Cependant, comme en droit français, ils négligent la question de pertinence ; mais ils donnent tout son développement à la troisième condition concernant la détermination du fait à prouver (2).

1. Abdel Hamid Abouheif bey, *La procédure civile et commerciale et l'organisation judiciaire en Egypte*, 2^e édition. Le Caire, 1921, p. 586, n° 822.

2. Pour l'« époque classique : Ebn El Houman, *Charh Fath-el-Kadir*, t. VI, p. 137, etc. ; El Sarakhssi, *Al Mab-*

E. *Le droit anglo-américain.* — Nous avons pu constater que le droit anglo-américain arrive aux mêmes conclusions que les droits français et autres, pour ce qui concerne les conditions du fait à prouver.

Mais il se distingue des autres législations par l'importance qu'il accorde à l'étude des questions de pertinence et d'admissibilité. C'est en nous appuyant sur cette législation anglo-américaine, qui nous fournit un apport remarquable, que nous tenterons de dégager, selon la méthode du droit comparé, une synthèse directive.

Comme l'étude de la quatrième condition à savoir, que le fait doit être contesté, rentre dans la matière de l'aveu, nous n'en parlerons pas ici (1).

sout, t. XVII, p. 30 et s. ; Al Kassani, *Badayeh Al Sahayeh*, t. VI, p. 221 et s. ; Al Zailai, *Charh Kanz Al Dakaek*, t. IV, p. 290.

Pour l'époque des Moukalledine : *Al Fatawa al Hindia*, t. IV, p. 3 et s. ; *Al Taraboulssi Moên Al Houkkam*, p. 53 et s. ; *Mohamed Amin Ebn Abdine Rad al Mohtar*, t. IV, p. 466 et s.

Pour la période contemporaine, art. 50 et s. du règlement d'organisation des tribunaux chari, Mohamed Zed el Embabi et Mohamed Salama, p. 109, et s. ; Ali Korrah, *op. cit.*

1. Bien entendu, tout fait à prouver doit être contesté, mais la question de savoir s'il est contesté ou non revient à se demander s'il y a eu ou non aveu.

« Pourquoi faire la preuve de faits reconnus ? Elle serait inutile ou frustatoire, et la partie qui reconnaît les faits n'a pas plus le droit d'en exiger la preuve que la partie qui les avoue n'a d'intérêt à la fournir. Il suit de là que l'aveu, lorsqu'il fait pleine foi, supprime non seulement la nécessité

Aux trois autres conditions nous consacrons trois chapitres.

Avant d'aborder l'étude de chacune de ces conditions, il y a lieu, en terminant ce chapitre, d'exposer le principe suivant.

§ 4. — **L'administration de la preuve du fait à prouver ne peut avoir lieu en dehors de l'audience et en l'absence des parties.**

La règle. — Il peut paraître surprenant que cette règle, qui s'impose avec une évidence irrésistible dans l'intérêt des parties et de la justice, n'ait pas toujours été intégralement consacrée au cours de l'histoire. Elle a pourtant été méconnue en partie tout au moins à certaines époques.

Pour ce qui est de la présence du juge, le principe n'a jamais présenté de difficultés. Mais on n'a pas toujours autorisé les parties à assister à l'administration de la preuve, on est même allé jusqu'à leur en cacher les résultats jusqu'au jugement.

En droit romain, à l'époque des actions de la loi, cette règle ne pouvait donner lieu à aucune discussion puisque l'action de la loi exige et la présence d'un magistrat et la présence des parties (1).

A l'époque formulaire tout procès exige un débat contradictoire, aussi bien devant le magistrat que

mais encore l'utilité de prouver. » (Garsonnet, *op. cit.*, p. 478, § 693.

1. Cuq, *op. cit.*, p. 837-838.

devant le juge les parties doivent être présentes, notamment pour l'administration de la preuve.

Toute cette procédure est d'ailleurs déterminée par la nécessité de l'accord entre les parties pour organiser l'instance.

Dans la procédure extraordinaire qui est d'un type absolument différent, le magistrat qui est dorénavant chargé de juger et d'apprécier les preuves produites, n'est d'ailleurs assujéti à aucune règle dans l'instruction du procès, aussi on ne peut pas dire qu'il soit obligé d'entendre les témoins ou d'administrer la preuve hors de la présence des parties, ni au contraire en leur présence.

Dans l'ancien droit français, le principe que nous étudions a subi des modifications à propos de l'enquête.

Tandis que comme nous venons de le voir, dans la procédure romaine, les témoins déposaient en présence des deux parties, dans la procédure canonique, au contraire, pour mieux assurer leur indépendance, on les entendait en secret, mais leurs dépositions une fois reçues et mises par écrit, devaient être publiées c'est-à-dire lues à haute voix aux parties (Fournier, *les Officialités*, p. 190-192).

Opérée de la sorte, rien n'avait été plus légitime que cette restriction, car si on diminuait ainsi pour les témoins les causes d'intimidation, on ne cachait pas pour cela aux parties les témoignages sur lesquels leur affaire allait être jugée, puisqu'on leur en donnait connaissance dans la forme même sous

laquelle le juge devait les étudier pour asseoir son opinion.

Quand saint Louis organisa la nouvelle procédure d'enquête, il adopta le système canonique (1).

« Malheureusement on ne tarda pas à trouver que cette manière de faire ne donnait pas aux témoins une sécurité suffisante. L'Eglise, qui, dans une procédure exceptionnelle, l'*inquisitusheretieseprivitalis*, avait cru devoir les rassurer davantage s'était bien gardée de toucher pour cela, même dans ce cas spécial, à la publication des témoignages et elle s'était bornée à prescrire simplement de taire les noms des témoins dans la lecture qu'on faisait au prévenu des dépositions et dans la copie qu'on lui en délivrait (Fournier, *les Officialités*, p. 270. *Nouvelle revue historique du droit*, t. XII, 1883, p. 673).

En France, un exemple si sage ne fut pas suivi. Et six ans seulement après la mort de saint Louis en 1276 une ordonnance (Olim, t. VI, p. 74, n° 9. Beaumanoir, *op. cit.*, VI, 45), vint consommer une iniquité vraiment monstrueuse en rayant purement et simplement de la procédure du Parlement la publication de l'enquête. Celle-ci ne devait plus subsister que dans les cours inférieures ; toutefois même au Parlement, elle se maintint dans certains cas (Du Breuil, *op. cit.*, XVII, 10, XXVII, 41).

Les parties ne connaissaient pas ainsi le contenu des dépositions des témoins avant le jugement ; ces

1. Viollet, *Les Etablissements de saint Louis*, t. I, p. 485-486.

dépositions étaient enfermées dans un sac clos et scellé (Du Breuil, XXVII, 40-41).

Dans l'ordonnance de 1667, on supprima la formalité du sac clos et scellé, mais la règle en vertu de laquelle les parties ne doivent pas assister aux dépositions des témoins est maintenue en principe.

« Art. 15. — Les témoins ne pourront déposer en la présence des parties, ni même en la présence des autres témoins aux enquêtes qui ne sont point faites à l'audience mais seront ouïs séparément sans qu'il y ait autre personne que le juge ou commissaire à faire l'enquête, et celui qui écrira la déposition.

« Les parties peuvent sans doute être informées du contenu des dépositions, mais à partir du moment où elles ont acquis cette connaissance, elles ne peuvent plus que se contenter d'attendre le jugement. »

« Art. 34. — Celui auquel aura été donné copie tant du procès-verbal que de l'enquête faite contre lui, ne pourra, en cause principale ou d'appel, faire ouïr à sa requête aucun témoin, ni donner aucun moyen de reproche contre les témoins ouïs à l'enquête de la partie. »

Rodier (*op. cit.*, 356), commente cet art dans le passage suivant :

« Après avoir reçu copie du procès-verbal et de l'enquête de l'autre partie, on ne serait plus reçu à faire de contraire enquête, ni à fournir des reproches parce qu'alors la contraire enquête deviendrait une procédure récriminatoire et qu'ayant connu le secret

de l'enquête, on s'attacherait à se procurer peut-être, *malis artibus* des témoins qui démentissent précisément ce que les autres auraient dit. »

Ce n'est que dans le Code de procédure civile et commerciale que le principe qui avait été pleinement reconnu dans le droit romain triomphe de nouveau.

« Art. 260. — Les témoins seront entendus séparément tant en la présence qu'en l'absence des parties. »

Mais d'une façon plus générale, cela résulte du principe de la publicité des débats judiciaires (Garsonnet, t. II, § 550).

Dans le droit français depuis le Code de procédure c'est un droit, pour les parties, que d'assister à l'enquête (Garsonnet, t. III, § 839). Mais ce n'est pas une nécessité qu'elles y assistent, il suffit de les avoir assignés régulièrement.

En droit égyptien, le législateur a formellement énoncé la partie du principe concernant la présence du juge (Code de procédure civile et commerciale indigène, article 183. La preuve devra être faite devant le tribunal. Il en est de même dans le Code, mixte, article 208-216).

Pour la seconde partie du principe, la présence des parties, voici ce que dit l'article 246 : « Le jugement, s'il n'est pas contradictoire et l'ordonnance du juge commis, s'il y a lieu, seront signifiés par les soins du greffier, vingt-quatre heures avant l'accession des lieux outre le délai de distance, ce qui vaudra citation (Code de procédure civile et com.

indigène, auquel correspond l'art. 281, C. de P. civ. et com. mixte).

Abdel Hamid Bey Abouhef dans son ouvrage de procédure déjà cité (p. 536, n° 737) formule le principe dont s'agit.

Les auteurs musulmans de l'époque classique énoncent également cette règle d'une façon très nette.

Al Kassani, dans son ouvrage déjà cité (t. VI, p. 277) dit : « que la preuve d'un fait ne peut être administrée que dans les « assises » du juge et en présence des parties. La présence de l'adversaire est nécessaire pour savoir s'il reconnaît ou s'il nie les faits avancés. »

Il en est de même chez Ebn El Houmam dans *Fath el Kadir*, t. VI, p. 137.

Les Moukalledine ont reproduit les mêmes formules (voir Al Fatawa al Hindayah, t. IV, p. 2. Ebn Abdine, dans son ouvrage déjà cité, t. IV, p. 467).

Pour la période contemporaine (voir Mohamed Zed El Embabi et Mohamed Salama dans leur ouvrage déjà cité, p. 7).

Conséquences de la règle. — Il résulte de cette règle primordiale d'importantes conséquences. Elles sont particulièrement bien dégagées par les auteurs français (Baudry-Lacantinerie et Barde, *op. cit.*, p. 418, § 2056).

On peut les grouper sous deux chefs qu'il importe de distinguer :

1° Les juges ne sont jamais autorisés, pour déclarer un fait constant à s'en rapporter au résultat de

leurs investigations personnelles poursuivies en dehors de l'audience et en l'absence des parties.

2° Les juges n'ont pas le droit de déclarer un fait constant en se fondant simplement sur ce que ce fait serait de notoriété publique.

La première de ces deux propositions renferme, si on l'analyse, trois dispositions spéciales et distinctes :

a) Le juge ne peut pas faire état d'une preuve fournie par une des deux parties, sans que l'autre en ait eu connaissance.

« Les juges ne donnent donc pas de base légale à leur décision quand ils la fondent sur des renseignements recueillis par eux sans que ces renseignements aient fait l'objet d'une discussion contradictoire entre les parties (Civ. cass , 24 juin 1903. *Rec. Sirey*, 1904.1.24 et 23 juin 1904. *Rec. Sirey*, 1905.1.38).

b) Les juges ne sauraient non plus fonder leur décision sur des renseignements qui leur ont été fournis par une administration publique, notamment par l'administration des contributions indirectes, qui n'est pas d'ailleurs partie à l'instance (Cassat. civ., 3 août 1887. *Rec. Sirey*, 87.1.320).

Ainsi parmi les documents étrangers à l'espèce du litige, dont il est interdit au tribunal de faire état on peut ranger les preuves produites dans une affaire correctionnelle (Civ. cass., 29 juillet 1903. D. P., 1903.1.448).

« Les juges ne peuvent pas, pour débouter une partie de sa demande en paiement d'un billet et pour ordonner que celui-ci soit remboursé au souscripteur

comme détenu par le demanteur frauduleusement et sans cause, prendre pour base de leur décision une information correctionnelle dirigée contre cette partie et clôturée par une ordonnance de non-lieu, s'il n'est pas constaté que cette procédure ait été communiquée aux juges du consentement de la partie qui avait intérêt à la garder secrète, ni qu'elle ait été versée dans un débat contradictoire (1). »

On retrouve ces premières dispositions dans le droit égyptien (du statut réel) (Voir art. 200 du C. de proc. civ. et com. mixte et art. 177 du C. de proc. civ. et com. indigène; Cour d'appel mixte d'Alexandrie, 24 juin 1876. *Recueil officiel*, I, 138).

« La preuve par témoins n'est recevable que si les faits sur lesquels elle doit porter n'ont pas été communiqués à la partie adverse. »

c) Enfin le juge ne peut faire état de la connaissance personnelle qu'il a pu avoir du fait en dehors de l'affaire.

Il s'agit ici de la célèbre question de la connaissance personnelle du juge dont nous avons déjà parlé. Nous renvoyons le lecteur aux développements que nous avons déjà consacré à cette question (*supra*, p. 118 et 170).

2° D'autre part le juge ne peut déclarer un fait constant par cela seul qu'il serait considéré comme certain d'après l'opinion publique (Aubry et Rau, t. XII, p. 74. Cass., 13 mars 1876. *Rec. Sirey*, 76.1,360).

1. Baudry-Lacantinerie et Barde, *op. cit.*, t. III, p. 417.

La question de la notoriété, en matière de preuve est envisagée ici en regard du principe de la neutralité du juge : mais on a l'occasion de la rencontrer en d'autres circonstances, dans la théorie des preuves. Nous ne pouvons donc indiquer ici que ce qui est la conséquence directe du principe examiné ci-dessus. Nous en reparlerons à propos de la détermination du fait à prouver (1).

1. Voir *infra*, p. 349.

CHAPITRE II

LE FAIT PERTINENT

La condition de pertinence est la plus difficile à pénétrer. C'est pourtant la plus importante dans la pratique, on se trouve aux prises avec elle au début de tous les procès. Son étude est pourtant négligée dans la plupart des législations. Seul le droit anglo-américain en a approfondi les éléments. Un volume entier ne suffirait pas à épuiser la matière anglo-américaine sur cette question. Notre seul but est d'en apporter un exposé aussi serré et aussi simplifié que possible.

Dans un premier paragraphe nous passerons en revue les autres législations, réservant un paragraphe spécial au droit anglo-américain.

§ 1^{er}. — Droit français, droit égyptien, droit musulman.

I. — *Droit français*

Etymologie. — Dans la doctrine française contemporaine, on emploie trois mots: le mot perti-

nent, le mot relevant ou le mot concluant, pour désigner la condition du fait dont il s'agit ici.

Aubry et Rau considérant les trois mots comme synonymes en donnent la définition que voici :

« C'est-à-dire, faits qui sont de nature à influencer, d'une manière plus ou moins décisive, sur le jugement de la cause à l'occasion de laquelle ils sont allégués (1). »

Pour Garsonnet (2), les mots pertinents et concluants, ne sont pas tout à fait synonymes. Par fait pertinent, il entend le fait relatif à la demande. Par fait concluant, il entend le fait susceptible d'entraîner le rejet des prétentions de l'adversaire.

Nous croyons qu'il est plus conforme à la réalité pratique, à l'usage suivi au barreau, de considérer ces termes comme synonymes.

Historique. — Cette condition de la pertinence remonte au droit romain.

Dans le droit romain, la condition de pertinence était exprimée par l'adage : « Frustra admittitur probandum quod probatum non relevat » dans Cod. Just. L. 21. *De probat.*, IV, XIX.

Dans l'ancien droit français, les plus anciens traités de procédure que l'on connaisse : le style de Guillaume du Breuil, dont nous avons déjà parlé ; le style de la Chambre des Enquêtes et le style des Commissaires dont, on ne connaît rien de l'auteur, si ce

1. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. XII, p. 78, note 10.

2. Garsonnet, *op. cit.*, t. II, § 698, p. 88. *Ibidem*, Glasson, *op. cit.*, p. 816, n° 763.

n'est qu'il écrivait vers 1336 ou 1337 (1), parlent de la condition de pertinence. Ainsi le n° 22 du style de la Chambre des enquêtes nous apprend que les parties devaient ne proposer de prouver que des faits rentrant dans leurs conclusions, sinon ces faits étaient considérés comme impertinents (2).

Avant cette date, les faits sur lesquels devaient porter l'enquête étaient établis non par les parties mais par la Cour elle-même (3).

Au xiv^e siècle, les parties devaient faire rédiger par leurs avocats l'« intendit » et les « articles ».

L'intendit contenait la demande et les conclusions.

Les articles contenaient les faits que les parties offraient à prouver à l'appui de leurs conclusions.

On n'était pas tenu de répondre à des articles « impertinents (4). »

« Non pertinet ad casum de quo agitur : adjecit quod non credit (5). »

« Istut impertinens est non tenetur respondere, et si astringatur, credit quod (6). »

Parmi les articles ou faits à prouver on était allé jusqu'à distinguer :

1. Guilheirmoze, *Enquêtes et procès*. Paris, 1892 ; Introduction, p. xix.

2. Guilheirmoze, *op. cit.*, p. 10.

3. Guilheirmoze, *op. cit.*, p. 24.

4. Guilheirmoze, *op. cit.*, p. 69.

5. Bibliothèque nationale. Manuscrit 9015, pièce cotée 8, réponse à l'article 22 de la 2^e série (Guilheirmoze, *op. cit.*, p. 61).

6. *Archives historiques de la Gironde*, t. VI, p. 10. Réponse à l'art. 26 (Guilheirmoze, *op. cit.*, p. 61).

1° Les faits « *necessario concludentes* » dont la preuve devait, en droit strict, entraîner l'adjudication des conclusions de l'intendit (1).

2° Les faits qui ne tendaient pas nécessairement à l'adjudication des conclusions de l'intendit, mais seulement extraordinairement, soit les faits : *moderativi* ou *inductivi ad equitatem*, etc (2).

Après l'ordonnance de 1667, nous dit M^e A. Rodier (3), « les parties proposent dans leurs libellés ; les faits qu'elles désirent être admises à prouver. On conteste dans l'instruction du procès si ces faits sont afférents »... « les juges peuvent y ajouter ceux qu'ils jugeront nécessaires pour leur instruction, puisque [comme nous venons de le dire], ils peuvent même ordonner des enquêtes d'office. »

Dans le Code de procédure civile, qui n'a guère fait que recopier l'ordonnance de 1667, il n'est fait mention de cette condition que dans les articles 253, à propos de l'enquête. L'explication du privilège qu'a eu l'enquête d'attirer seule l'attention du législateur sur ce point résulte de l'aperçu historique ci-dessus tracé, au cours duquel nous avons pu remarquer que les anciens auteurs français de procédure en parlaient toujours à ce sujet.

1. Style de la chambre des enquêtes, IV, 10 (Guilheirmoze, *op. cit.*, p. 14).

2. Style de la chambre des enquêtes, 7, 126, 136 et 180. (Guilheirmoze, *op. cit.*, p. 17).

3. Questions sur l'ordonnance de Louis XIV du mois d'avril 1667. Toulouse, 1769, titre XXII; *Des enquêtes*, 9, 3, p. 325.

Tout le monde est d'accord pour admettre que l'application de cette règle est commune à toute la matière des preuves.

C'est ce qu'enseigne Demolombe (*op. cit.*, t. XXIX, n° 213).

« Règle de logique et de bons sens qui s'applique non seulement à la preuve testimoniale mais à toute espèce de preuve » (Comp. Aubry et Rau, t. XII, 5^e éd., p. 78).

La jurisprudence confirme par ses applications l'opinion de la doctrine (Req., 24 août 1831. *Rec. Sirey*, 31.1.321 ; Cass., 3 janvier 1881. *Rec. Sirey*, 81.1.342).

Quant au fond, il y a deux questions qui se posent :

Quand est-ce que le fait est pertinent ?

Peut-on faire une classification et une énumération des faits pertinents ?

a) A la première question la doctrine et la jurisprudence sont unanimes à considérer que l'application de cette règle est abandonnée au juge du fond à qui il appartient d'apprécier souverainement si un fait est ou n'est pas pertinent.

Bonnier dit : « C'est au surplus aux juges du fait qu'appartient l'appréciation de l'utilité de la preuve » (*op. cit.*, p. 41).

Garsonnet : « L'application de cette règle... est abandonnée aux tribunaux à qui il appartient d'apprécier souverainement quels faits sont indifférents au procès, quels autres sont de nature à en déterminer la solution » (*op. cit.*, p. 488, § 698).

Aubry et Rau : « La décision sur la pertinence des faits dont la preuve offerte est souveraine et ne tombe pas sous la censure de la Cour de cassation, lorsque, le juge déclare, sans autres motifs, ou même sur d'autres motifs critiquables, que les faits articulés suffisent ou ne suffisent pas pour fournir la preuve du fait allégué, à l'appui de la demande ou de l'exception » (*op. cit.*, p. 80).

Les arrêts que l'on peut citer à l'appui de cette doctrine sont très abondants. Nous renvoyons le lecteur à la liste qui en a été dressée par Aubry et Rau, *op. cit.*, p. 80, ainsi qu'aux répertoires et recueils de jurisprudence.

De l'étude de ces arrêts, il ressort qu'il y a deux questions qui se posent :

1° L'appréciation de la pertinence par le juge du fond.

2° La motivation de la décision intervenant sur la pertinence.

La première question est très nettement tranchée dans le sens du pouvoir souverain du juge : Voici l'analyse de deux cas.

a) (Cass., 10 janvier 1865. D. P., 1865.1.186):

Le 12 mai 1862, le sieur Gay décède en laissant un testament olographe en date du 15 août 1859, par lequel il instituait pour sa légataire universelle la dame Raynaud.

Ce testament était rédigé en deux exemplaires dont l'un était en la possession de la dame Raynaud et l'autre en celle du sieur Martin, l'un des amis du défunt. Ce second exemplaire contenait à la suite de

la signature du testateur, la déclaration suivante écrite de la main du sieur Gay, signée par lui, mais non datée : « Considérer le présent nul, de même que le duplicata qui se trouve entre les « mains » de Mme Aussaresse, épouse de M. Raynaud, fils aîné : Gay, aîné. »

Les héritiers Gay actionnent la légataire Renaud pour entendre déclarer le testament :

1^o Révoqué ;

2^o Nul par suite de captation et de suggestion.

Le tribunal de Marseille, admet la preuve de captation, qui a pour but de rendre le testament inexistant et sursoit à statuer par suite, sur la révocation.

La cour d'Aix déclare que les faits articulés, soit qu'on les considère dans leur ensemble, soit qu'on les prenne isolément, ne renferment pas suffisamment les caractères propres à établir la captation frauduleuse ; que prouvés fussent-ils, ils n'entraîneraient pas l'annulation du testament, et que par suite ils sont inconcluants et inadmissibles.

Pourvoi des héritiers Gay pour violation de l'article 253 du Code de procédure civile, en ce que la cour d'Aix a refusé de reconnaître les caractères de la suggestion et de la captation articulés par les demandeurs pour faire tomber le testament de leur auteur dans des faits qui impliquaient nécessairement le défaut de liberté du testateur, défaut de liberté dont la clause révocatoire apposée au bas de l'un des duplicata du testament venait apporter le témoignage indiscutable.

La Cour de cassation :

« Attendu que le législateur ne s'est point occupé d'une manière spéciale de la suggestion et de la captation ; qu'il n'en a point décrit les éléments constitutifs ;

« Attendu que les faits invoqués pour justifier qu'un testament est le résultat de la suggestion et de la captation n'étant que des faits de dol et de fraude, il appartient essentiellement au juge du fond d'apprécier le mérite de la preuve offerte ou rapportée. Attendu que la Cour impériale en déclarant que les faits articulés étaient inconcluants et la demande en preuve inadmissible n'a fait qu'un légitime usage de ses pouvoirs souverains et que sa décision échappe par cela même à la censure de la Cour de cassation.

« Rejette... »

b) (Cassation, 2 déc. 1885, D. P. 86.1.422).

Le 9 septembre 1814, un acte de partage établit au profit de la parcelle 294, appartenant à la dame Fabre, le droit de passer avec charrettes sur la parcelle 1126, devenue la propriété du sieur Balmes. Ce dernier prétend que la servitude est éteinte par non-usage. La dame Fabre offre de prouver par témoins qu'elle a exercé cette servitude pendant plus de trente ans avant l'instance. Le tribunal civil et la cour de Montpellier déclarent cette preuve admissible.

La Cour de Cassation :

« Attendu que les époux Fabre avaient offert de prouver que le droit de passage concédé par l'acte

de partage de 1814 à Jean Maury pour la parcelle 294 avait été exercé au profit de la même parcelle par les ayants droit de Jean Maury, depuis plus de trente ans utiles avant l'introduction de l'instance. Attendu que le fait aurait eu pour conséquence d'empêcher la servitude d'être éteinte par le non usage comme le prétendait Balmes ; que c'est donc avec raison que l'arrêt attaqué l'a admis comme preuve ; attendu qu'en admettant les époux Fabre à prouver en même temps les faits particuliers et les circonstances qu'ils alléguaient pour établir la réalité du fait par eux allégué la Cour d'appel n'a fait qu'user de son pouvoir d'appréciation relativement à la pertinence des faits ; que sa décision n'a donc violé aucun des articles visés au pourvoi.

« Rejette... »

Pour la deuxième question :

Il résulte des arrêts ci-dessus analysés que le juge doit motiver sa décision.

Cependant la Cour de cassation par son arrêt du 9 janvier 1894 (D. P. 94.1.80), dans l'affaire de la veuve Paris contre Paris et Bougon a statué ainsi :

« Attendu que, pour repousser la demande d'enquête formée par la dame veuve Paris, l'arrêt attaqué (Caen, 21 janvier 1893) a par une application de fait qui lui appartenait, déclaré que cette enquête était *inutile*.

« Qu'en statuant ainsi la cour a suffisamment motivé l'usage qu'elle a fait de la faculté d'apprécier souverainement de la preuve qui lui était demandée ; que la décision n'a violé aucun des textes sus visés.

« Rejette... »

Pour nous, cela ne nous semble pas un motif à proprement parler. Dire simplement c'est *inutile*, ce n'est pas motiver, c'est juger.

Ainsi la jurisprudence semble tantôt exiger, tantôt écarter, pour ainsi dire totalement l'obligation de motiver.

Cette contradiction peut cependant se résoudre dans la distinction suivante :

Quand le juge admet la preuve, il doit motiver. Quand il la rejette, ce n'est plus indispensable.

Nous serions plutôt d'avis que la motivation est toujours obligatoire, surtout dans les matières qui échappent au contrôle de la Cour de cassation, dans l'intérêt de la confiance publique.

Classification. — Peut-on faire une classification des faits pertinents et peut-on les cataloguer ? c'est-à-dire distinguer : 1° Les faits qui portent directement ou qui portent indirectement sur le litige ; 2° Ceux qui sont relatifs à l'identité des personnes, à leurs caractères, ceux qui expliquent les circonstances de la cause?...

Les auteurs français n'ont abordé que le premier point sous la forme d'une distinction entre la preuve directe et la preuve indirecte.

« La preuve directe est celle qui tend à établir le fait contesté entre les parties à l'aide des moyens de conviction empruntés immédiatement à l'expérience et s'appliquant précisément à ce fait. »

« La preuve indirecte, au contraire, est celle qui ne tend à établir le fait contesté qu'à l'aide d'in-

ductions ou de conséquences tirées d'autres faits connus (1). »

M. le professeur Martin, dans sa note 10 *bis* (page 78) sous le texte d'Aubry et Rau *op. cit.* précise le sens de cette distinction :

« En pure logique, la preuve ne devrait jamais avoir pour objet que les faits même qui ont donné naissance au droit invoqué en justice. En réalité, pareille exigence est inadmissible... La force des choses conduit à substituer à la preuve des faits générateurs du droit prétendu qu'il est pratiquement impossible d'atteindre, la preuve de faits voisins et connexes, de la réalité desquels le plaideur demande au juge d'inférer par un détour plus ou moins long, la réalité de ceux qu'il aurait voulu, mais qu'il n'a pu atteindre directement (2). »

Les auteurs français ne vont pas plus loin et ne se livrent pas à un cataloguage des faits. « La question de savoir si un fait est pertinent ou non au procès n'est autre que la question de savoir si la preuve imposée au demandeur peut utilement porter sur des faits de ce genre, et de cette question de pertinence le juge du fond est ordinairement juge parce qu'il est en général impossible de traduire en formules abstraites le lien plus ou moins fort, suivant l'infinie variété des espèces et des procès qui rattache un fait de ce genre au point générateur du droit prétendu

1. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. XII, § 749.

2. Comp. Picard, *op. cit.*, p. 117 et s.

sur lequel la preuve devrait logiquement porter. » Ainsi s'exprime M. Martin (*loc. cit.*).

C'est précisément sur ce point que le droit anglo-américain fournit un apport des plus appréciables.

II. — *Droit Egyptien*

Nous savons déjà que le législateur égyptien, dans les Codes de procédure civile et commerciale mixte, et indigène a réalisé certains progrès sur le législateur français. Il ne traite pas de la question seulement à propos de l'enquête, mais aussi à propos du serment, de l'inscription de faux, de l'interrogatoire de la partie.

La doctrine suit de très près la doctrine française. Nous renvoyons le lecteur au très bon *Traité de procédure civile et commerciale* que nous avons déjà cité, du D^r Abdel Hamid Bey Abouheif (n° 826, p. 588). Voir également (H. de Hults, *Eléments d'un répertoire alphabétique de droit civil égyptien*, t. III, p. 435, H. W. Halton *An Elementary treatise on the egyptian civil codes*, 2 volumes. (Le Caire. Impr. nationale 1904-1911), vol. I, p. 400).

Les tribunaux mixtes égyptiens suivent également la jurisprudence et la doctrine française.

C'est au juge à apprécier la pertinence du fait à prouver : les arrêts abondent :

a) *A propos des enquêtes ;*

« Une enquête ne peut avoir lieu que sur des faits et articles spécifiés dont la pertinence est démontrée et reconnue *par le tribunal* » (Cour d'appel mixte d'Alexandrie, 10 décembre 1890, *B. L. J.*, III, 66).

« La preuve testimoniale lors même qu'elle est admissible ne doit être autorisée que lorsque le fait qu'on entend prouver est articulé avec assez de précisions pour permettre au juge d'en apprécier la pertinence » (C. A. M. Alexandrie, 2 avril 1893, *B. L. J.*, V, 186).

« La preuve par témoins bien qu'admissible en elle-même ne peut être accueillie lorsque les résultats de cette preuve sont étrangers au procès » (C. A. M. Alex., 21 juin 1877, *Recueil officiel des arrêts de la cour d'appel mixte d'Alexandrie*, II, 423).

« Pour que la preuve testimoniale soit admissible, il faut qu'elle soit corroborée d'éléments de faits tels qu'ils puissent mettre le magistrat en état de pouvoir reconnaître et apprécier non seulement la pertinence mais encore l'utilité » (C. A. M. Alex., 20 avril 1882, *R. O.* VII, p. 146).

« Est admissible la preuve testimoniale qui n'est fondée sur aucune articulation de faits circonstanciés dont la proposition énoncée pourrait s'induire comme conclusion juridique » (C. A. M. Alex., 21 mai 1901, *B. L. J.*, XIII, 320).

« Pour que la preuve testimoniale soit admissible, il faut que les faits indiqués soient de nature à exercer sur la solution du procès une influence nécessaire et décisive » (C. A. M. Alex., 2 juin 1909, *B. L. J.*, XXI, 385).

« L'enquête ne doit être autorisée que lorsque les faits sont articulés avec assez de précision *pour permettre au juge d'en apprécier la pertinence* » (C. A. M. Alex., 4 janvier 1911, *B. L. J.*, XXIII, 101).

b) *A propos du serment.*

« Il n'y a pas lieu de déférer le serment, soit sur des faits non pertinents, soit sur des faits qui ne sont pas énoncés d'une manière assez claire et assez précise » (C. A. M. Alex., 11 janvier 1876, *R.O.*, II, 69).

« Le serment déféré au cédant, tendant à établir que la cession qu'il a consentie à un tiers est simulée, n'est pas pertinent. En effet, l'action en simulation a pour but principal de dépouiller le concessionnaire des droits qui lui ont été cédés.

« Or, en admettant que le cédant refuse de prêter serment, ou avoue la simulation, le refus ou cet aveu ne saurait être opposé au cessionnaire et ne suffirait pas pour démontrer la simulation » (C. A. M. Alex., 2 mars 1882; Michel Tarvil c. Nahman dans Borelli Bey, *la Législation égyptienne annotée*. Le Caire, 1892, p. 373).

« Le serment décisoire peut être déféré dans quelque espèce de contestation que ce soit ; les juges ne peuvent en refuser la délation, alors qu'il porte sur des faits pertinents, admissibles, et de nature à décider le litige » (C. A. M. Alex., 26 juin 1889, *B. L. J.*, I, 272).

« La loi autorise la délation du serment *litis decisoire* sans aucune restriction, pourvu que les faits sur lesquels doit porter le serment soient pertinents ; on ne saurait opposer que la prestation du serment

aurait pour effet de forcer les scrupules d'une partie même pieuse » (C. A. M. Alex., 16 novembre 1904, *B. L. J.*, XVII, 8) et les arrêts suivants : 26 novembre 1902, *B. L. J.*, XV, 12 ; 1 avril 1903, *B. L. J.*, XV, 225 ; 2 mars 1904, *B. L. J.* XVI, 147 ; 21 mai 1901, *B. L. J.*, XIII, 311 ; 11 février 1909, *B. L. J.*, XVI, 181 ; 2 février 1911, *B. L. J.*, XXIII, 151 ; 17 décembre 1914, *B. L. J.*, XXVII, 68 ; 8 mars 1916, *B. L. J.*, XXVIII, 188.

c) *En matière d'inscription de faux.*

« Les tribunaux de la réforme peuvent rejeter l'inscription de faux et déclarer la pièce vraie alors même que la même pièce a fait l'objet d'une poursuite devant les tribunaux indigènes, qui a eu pour résultat la condamnation de ceux qui la produisent comme faussaires, surtout quand la condamnation n'est pas définitive, quand la Cour de cassation indigène n'a pas encore prononcé en dernier ressort » C. A. M. Alex., 5 avril 1883, *R. O.*, VIII, 102).

« Le juge qui est saisi de la connaissance d'une inscription de faux ne peut, pour admettre la preuve des moyens proposés pour établir le faux prétendu, qu'examiner l'admissibilité et la pertinence de ces moyens, abstraction faite de tout moyen étranger à ceux invoqués » (C. A. M. Alex., 25 avril 1917, *B. L. J.*, XXIV, 384). Voir également (C. A. M. Alex., 10 mai 1911, *B. L. J.* XXIII, 308 ; 9 mai 1913, *B. L. J.*, XXV, 423 ; 16 mai 1918, *B. L. J.*, XXX, 437 ; 24 avril 1889, *B. L. J.*, I, 363 ; 2 janvier 1890, *B. L. J.*, II, 306 ; 5 février 1891, *B. L. J.*, III, 182 ; 19 février 1903, *B. L. J.*, XV, 156) :

« La faculté accordée au tribunal d'admettre ou de rejeter une demande en inscription de faux est discrétionnaire et générale. Elle peut être exercée en tout état de cause et suivant les circonstances qu'il appartient d'apprécier souverainement, et elle n'est pas restreinte à l'examen de l'influence sur la cause de la pièce arguée de faux, ni subordonnée à une instruction plus ou moins avancée. » (C. A. M. Alex., 15 avril 1891, *B. L. J. E.*, III, 304).

d) *Pour l'interrogatoire des parties :*

« Une demande d'interrogatoire des parties est non pertinente et inadmissible lorsque dans certains de ses chefs elle porte sur des faits sans conclurance au litige, et dans d'autres chefs elle pose des propositions qui sont en contradiction avec les clauses formelles d'un contrat qui doit former la loi des parties » (C. A. M. Alex., 30 décembre 1903, *B. L. J.*, XVI, 73).

Voir également (C. A. M. Alex., 18 avril 1907, *B. L. J.*, XIX, 213 ; 11 janvier 1900, *B. L. J.*, XII, 85 ; 21 décembre 1889, *B. L. J.*, II, 97 ; 23 février 1890, *B. L. J.*, II, 376 ; 18 juin 1891, *B. L. J.*, III, 404) :

Les tribunaux indigènes adoptent les mêmes solutions.

Les auteurs égyptiens ne cherchent ni à classer ni à cataloguer les faits à prouver du point de vue de la pertinence.

Le droit égyptien, en somme est ici le reflet du droit français.

III. — *Le droit musulman.*

Tous les docteurs des diverses époques connaissent et mentionnent cette condition de pertinence du fait à prouver (1).

Malheureusement, ils n'en font pas une étude approfondie.

Un seul auteur de l'époque des Moukalledine, Al Taraboulssi, dans son ouvrage *Moïen el Houkkam* (Le Caire, 1300 hég.) traite un peu de la question dans son application au serment (p. 53. et suiv.). Il relève le cas suivant :

Un homme intente une action en paiement d'une dette. Il amène des témoins ; ceux-ci, après avoir témoigné, se rétractent. Le défendeur défère le serment, au demandeur, pour qu'il jure qu'il ne savait pas que les témoins étaient faux. L'auteur cite des docteurs qui refusent ici la délation du serment, pour le motif que le fait sur lequel il porterait n'est pas concluant.

§ 2. — *Le droit anglo-américain*

Le premier mérite des auteurs anglo-américains et ce n'est pas le seul, c'est de dégager très nettement le problème de la pertinence ; c'est de bien poser la question et de déterminer exactement le point précis où elle apparaît.

1. Voir les ouvrages cités au chapitre I, p. 238.

Il est ensuite possible de dégager de leurs travaux certaines précisions relativement à la conception que l'on doit se faire de la relevance au point de vue judiciaire.

D'autre part, le droit anglais distingue deux sortes de relevances.

Enfin, il nous fournit une classification des faits relevant.

Tels sont les quatre questions que nous allons examiner successivement :

1° *Question.* — Il y a deux sortes d'évidence.

1° La *Direct evidence* : celle dans laquelle on s'efforce d'établir le *fact in issue* lui-même (1).

Le *fact in issue* est le fait qui est, dans un litige, légalement nécessaire d'établir à l'appui de la réclamation ou de la défense de l'une ou l'autre partie, et qui est contesté (2).

C'est par exemple le fait que Mme Aveson a fait à Kinnaird assureur sur la vie, une fausse déclaration sur son état de santé (3).

Ce fait se présente généralement sous une forme hypothétique. La *direct evidence* est rarement possible. Il est évident que, dans le cas où l'on peut

1. Powell, *Principles and practise of the law of evidence*. Ninth edit. By W. Blacke Oggers. London, Butterworth, 1910, p. 7.

2. *The Laws of England by Earl of Halsbury and other Lawyers*, t. XIII. London, Butterworth, 1910, p. 436.

3. Aveson contre Kinnaird, King's bench, 1805 ; 6 East reports, King's bench, (16 vol., 1800-1812), 188, *Revised Reports*, 455.

y procéder, la question de la « Relevancy » ne se pose pas.

2° La *circumstantial evidence* (1) : celle dans laquelle on s'efforce d'établir certains faits « mineurs » à l'effet d'établir le *fact in issue* (2) ; ces faits doivent être relevants.

Le *relevant fact* est le fait *qui est aux yeux de la loi en connexion ou en rapport avec le fact in issue, de telle sorte qu'il le rend probable ou improbable, ou, en d'autres termes, fait la lumière sur lui* (3).

C'est, par exemple, dans le cas ci-dessus cité, le fait qu'un témoin a rendu visite à Mme Aveson vers la date du contrat d'assurance ; qu'il l'a trouvée dans son lit à une heure inusitée, et que cette dame lui a déclaré avoir une mauvaise santé. Ce fait permet d'avancer que Mme Aveson a menti quand elle a dit à l'assureur qu'elle se portait bien.

Ainsi la *question de la « Relevancy » apparaît ici, avec la « circumstantial evidence ».*

2° *Question.* — *Les auteurs anglo-américains déterminent la conception exacte que l'on doit se faire de la « relevancy ».* Il y a deux sortes de « relevancy » :

La *relevance logique* et la *relevance légale*. Il s'agit de savoir si la loi considère toujours comme relevants des faits qui paraîtraient tels aux yeux de l'expé-

1. On appelle aussi « indirect » ou « inferential evidence », *Cases and statutes on the law of evidence by Cockle ; third ed., 1915. London. Sweet.*

2. Powell, *op. cit.*, p. 7.

3. Cases, *op. cit.*, p. 56.

rience humaine dans le cours ordinaire des choses.

La relevance logique, dans la vie courante, n'est autre que cette connexion entre les événements qui permet d'inférer de l'existence d'une chose la réalité d'une autre (1).

La relevance légale ne peut s'appuyer foncièrement sur autre chose que cette relevance logique (2).

Néanmoins, à strictement parler, les deux sortes de relevance ne sont pas tout à fait identiques, la loi rejetant dans certains cas comme base d'inférence des éléments que la logique accueillerait. Par exemple : « le caractère des parties » (3) et prescrivant arbitrairement dans d'autres cas des conditions qui ne conduiraient pas logiquement à « l'issue » (4) (voir les règles relatives à l'admissibilité de l'oui dire ou des documents) (5).

Mais dans l'ensemble et pour l'essentiel la loi et la logique sont d'accord ; et dans la grande majorité des cas, la loi accepte comme « evidence » les éléments qui sont indiqués comme tels par l'expérience commune.

1. Phipson, *op. cit.*, p. 39.

2. Phipson, *op. cit.*, p. 39.

3. Halsbury, *op. cit.*, p. 439. Le droit anglais ne permet pas en principe, comme nous le verrons (*infra*, p. 278) que l'on mette en cause le caractère, l'immoralité par exemple d'une partie. Logiquement cela pourrait aider pourtant à la conclusion de l'affaire.

4. Halsbury, *op. cit.*, p. 439 ; Phipson, *op. cit.*, p. 40.

5. Stephen. Digest. Introduction, p. XIII. Préface à la troisième édition, XXIV, XXIX.

Ceci dit, nos auteurs distinguent différents degrés de relevance.

3^e Question. — *Relevance directe et relevance indirecte.* — Le *relevant fact* peut, en effet, tendre à la preuve du fait *in issue* » directement ou indirectement.

Il y a ainsi deux catégories de « fact relevant ».

Le *fact* directement *relevant*.

Le *fact* indirectement *relevant* ou inférentiel.

1^o Le *fact* directement *relevant* est celui qu'on est forcé d'examiner pour la détermination de la contestation. On appelle ce fait ou ces faits, les *res gestae*.

Les *res gestae*, ce sont les *actes*, les *déclarations* et les *incidents* qui constituent, accompagnent et expliquent les faits ou les transactions « *in issue* » (1).

La règle en vertu de laquelle les déclarations accompagnant un acte sont recevables pour l'explication de celui-ci, est apparue pour la première fois en 1693 : Thomson c. Trevanion, *Skinner's Reports King's Bench*, fol. 1, (1681-1697), p. 402.

L'expression latine n'est employée qu'à partir de 1794 sous la forme de *res gesta*. Elle n'est employée au pluriel qu'à partir de 1805 (Aveson et Kinnaird, cité), mais donne lieu à certaines confusions. Les uns l'appliquant au « fact *in issue* » lui-même considéré dans ses détails constitutifs, les autres, aux circonstances environnantes de ce fait ; d'autres enfin, à

i. Phipson, *op. cit.*, p. 44 ; Halsbury, *op. cit.*, p. 420. Pour l'examen détaillé de ces concepts voir un article de Phipson dans *Law Quarterly review*, t. XIX, p. 435.

toutes ces données à la fois. Finalement, ce terme a été appliqué aux faits relevant cités plus haut (1).

Les *res gestae* comprennent :

a) Les faits constituant « *constituent facts* » par exemple, s'agissant de démontrer l'état de troubles en Irlande, les propriétaires locaux de la terre ont été admis à apporter comme preuves :

α Que leurs tenanciers avaient abandonné leurs fermes, en alléguant leur crainte des mauvais traitements ;

β Que leurs bouviers leur avaient signalé des dommages subis par les troupeaux ;

γ Que les propriétaires eux-mêmes avaient adressé des pétitions aux autorités publiques ; ces raisons données par les fermiers, ces rapports des ouvriers, ces réclamations des propriétaires sont des faits constitutants c'est-à-dire, des faits dont la réunion forme précisément le trouble dont s'agit (2).

Ces incidents constitutants peuvent varier, suivant les cas, depuis la simple occurrence, d'une durée très brève, jusqu'à la variété d'actes, de déclarations et de circonstances occupant un large espace de temps.

b) Les faits accompagnant *accompanying facts*, et les faits expliquant *explaining* le *fact in issue*.

Ces faits se distinguent des premiers notamment en ce qu'ils ne se rapportent qu'à une partie du *fact in issue* (3).

1. Phipson, *op. cit.*, p. 44-45.

2. Rapporté par Phipson, p. 53, *Parnell Commission Times*, 10 novembre 1888.

3. Phipson, *op. cit.*, p. 45.

C'est, par exemple, pour une collision de navires, s'agissant de déterminer lequel des deux vaisseaux était en faute, le fait que sur l'un, l'éclairage était défectueux, ou la vitesse insolite ou le temps, etc., etc. (1).

2° Les *faits indirectement relevant* (facts inferentially relevant), sont communément ceux qui sont la cause ou l'effet du fait directement relevant et qui, en conséquence, par inférence, en apportent la preuve (2).

Le fait indirectement relevant ne doit pas être confondu avec la « circumstantial evidence ». Cette circumstantial evidence, comme nous l'avons dit plus haut, procède par le moyen de *facts directly relevant* ou de *facts indirectly relevant*.

Ainsi nos auteurs poussent plus loin que tous autres, des pays étrangers, l'analyse de la preuve directe et indirecte. Mais ils vont encore au delà. Ils se demandent s'il n'est pas possible de faire une classification des faits qui peuvent être relevant dans une information judiciaire. Ils reconnaissent (de même que Bartin dans Aubry et Rau) que cela ne paraît pas possible (3) cependant, disent-ils, l'expérience montre que dans les *Courts of law* certaines classes importantes de faits tendent continuellement à servir comme base de preuve. S'appuyant sur l'expérience, ils ont fourni une classification des

1. Milne c. Leisler, 7. *Hinslstone and Norman's Reports Exchequer*, 7 vol., 1856, 1862, p. 786.

2. Halsbury, *op. cit.*, p. 420.

3. Halsbury, *op. cit.*, p. 439.

faits relevant, entreprise qui avait pourtant découragé les juristes des autres pays.

4^e Question. — *Classification des « relevant facts »*

Il y a quatre divisions fondamentales :

I. — Les faits probatoires du *main fact* ;

II. — Les faits montrant soit l'identité soit les rapports des parties.

III. — Les faits montrant leur état d'esprit.

IV. — Le « character ».

V. — Les « similar facts » (1).

Procédons à l'étude de chaque catégorie :

I. — Les faits probatoires du « main fact »

(*Facts probative of the main fact*).

Ce sont tous les faits qui ont une tendance naturelle et logique à prouver le *fact in issue* (2).

La doctrine anglo-saxonne procède à une subdivision de ces faits.

Cette sous-classification repose sur la valeur logique plus ou moins grande du lien qui unit ces faits au « main fact ».

Il y a :

A) Les faits à proprement parler logiquement probatoires : « facts logically probative. »

B) Les autres faits sont moins logiquement probatoires.

Voyons comment les anglo-américains exposent cette distinction :

1. Voir une classification plus détaillée dans Wigmore, *op. cit.*, t. I, du § 38 au § 465 inclus.

2. Halsbury, *op. cit.*, p. 440 et Phipson, *op. cit.*, p. 87.

A. — Voici d'abord des exemples de *faits logiquement probatoires*.

1° *A propos du paiement :*

Pour prouver que A a payé une lettre de change acceptée par lui, le fait qu'il était en possession de la lettre à échéance est *relevant* (pertinente). V. le cas de *Brenwidge c. Osborne, I, Starkie's. Report Nisi Prius 3, V (1814-1823), 374.*

De même le paiement d'une dette peut s'inférer d'un règlement de comptes entre les parties dans lequel la dette n'est pas mentionnée. *Colsell c. Budd. I. Campbell's Reports, Nisi Prius, 4, V (1807-1816).*

La dernière quittance de loyer fait preuve du paiement des termes antérieurs. *Sanders c. Sanders. 19 Law Reports Chancery Division 45, V (1875-1890), 373.*

2° *A propos du prêt d'argent :*

La question étant de savoir si A a prêté de l'argent à B, la preuve que A était pauvre à la date indiquée comme étant celle de l'opération, est admissible, parce qu'elle tend à ruiner l'allégation de prêt. *Dowling c. Dowling 10. Irish Reports Common Law 11, V (1866-1877), 236.*

3° *A propos des co-mourants :*

S'il s'agit de savoir si A a survécu à B dans un naufrage (on sait qu'en droit français cette question est tranchée par une présomption légale, art. 720 et s., en droit anglais la preuve reste libre). C'est un fait *relevant* (logiquement probatoire) que, avant le désastre, A fût plus fort, en meilleure santé et

meilleur nageur que B. Underwood contre Wing 4. *De Gex, Macnaghten and Gordon's report's Chancery* (8 vol., 1851-1857), 633.

4° *A propos d'adultère :*

Dans le cas de divorce, la preuve de l'adultère peut être recherchée dans les occasions, les familiarités antérieures et celles qui ont suivi, etc. Cantello contre Cantello. *Times*, 1^{er} février 1896.

5° *A propos des promesses de mariage :*

Au contraire, dans le cas d'une promesse de mariage, pour savoir si A. a promis le mariage à B., les lettres écrites par A. à B. et lui exprimant son affection, son admiration, mais ne contenant aucune référence au mariage, sont inadmissibles, puisqu'un homme peut écrire de telles choses sans avoir l'intention de se marier. Kempshall contre Holland C. A., *Times*, 14 novembre 1895.

B. — Voici des exemples de *faits moins logiquement probatoires*.

1° *Continuance of facts.*

L'existence antérieure d'un fait, à une époque qui n'est pas trop éloignée, permet de conclure à sa persistance.

Le fait qu'un navire est devenu inutilisable sans cause apparente et ceci aussitôt après l'appareillage, mène à la preuve qu'il n'était déjà pas en état de tenir la mer au moment de l'appareillage. Voir Pickup contre *Thames Insurance Co*, 1878, 3. *Law Reports Queen's Bench Division*, 25, V, (1875-1890).

2° *Course of Business.*

Les usages habituellement suivis dans les affaires

font présumer de l'existence de certains faits.

S'agit-il de savoir si un patron a payé le salaire de son ouvrier, sera admissible le fait qu'il avait coutume de payer ses ouvriers chaque semaine le samedi régulièrement, que l'on a vu ledit ouvrier attendre avec les autres pour recevoir son salaire et qu'on ne l'a pas entendu ensuite se plaindre de n'être pas réglé. *Lucas contre Novosilieski*, 1795, *Espinasse's Reports Nisi Prius*, 6 V. (1793-1810), 296.

Une compagnie de chemins de fer est-elle négligente en n'employant qu'un homme à la conduite d'une locomotive ? Le fait qu'on en usait ainsi depuis trente ans, sans qu'aucun accident ne soit survenu est admissible à l'effet de repousser l'idée de négligence. *Hart contre Lancs and York. Railway* 21, *Law Times, Reports* (1859, current), 261.

A. a fait une chute malheureuse en descendant d'un tramway parce que le tramway est reparti avant qu'il ait pu descendre ; la compagnie répond qu'il ne s'est pas conformé au règlement qui prescrit de descendre par la plate-forme de devant. A. a pu invoquer ce fait que personne ne se conformait à ce règlement et que c'était donc à la compagnie à prendre ses précautions. Cette réplique a été considérée comme relevante et pertinente. *Freel contre Bury Tram C^o* *Times*, 26 janvier 1901).

3° *Public capacity* (1).

L'exercice d'une fonction publique fait présumer la légitimité du titre.

1. D'après Phipson « *acting in a capacity* », *op. cit.*, p. 109.

Pour prouver que A. décédé, était le receveur d'une corporation pour les droits de port, cette corporation produit les comptes que A. lui avait régulièrement fournis. *Exeter, M. of c. Warren 5 Queen's Bench Reports. (Adolphus and Ellis. New Series, 18 v., 1841-1852), 801.*

Ce même principe s'applique dans les affaires privées :

Pour prouver que A. était régisseur d'une propriété, on peut apporter les comptes qu'il produisait au propriétaire. *Doe c. Michaël, 17. Queen's Bench Reports (Adolphus and Ellis New Series, déjà cité), 276.*

4° *Admissions by conduct,*

La conduite d'une personne dans telles circonstances autorise à admettre l'existence de tel ou tel fait.

Les époux A. réclament une indemnité pour accident de chemin de fer ; le fait que A., le mari, a tenté avec le concours du « solicitor's clerk » de suborner les témoins est pertinent à l'effet de prouver le mal fondé de l'action. *Moriarty contre London Chatham, and Dover Rail. C° 1870. Law reports 5 Queen's bench (10 V, 1865-1875) 314.*

Ici finit l'énumération systématique des faits logiquement probatoires du *main fact*. Dans tous les cas cités, nous voyons que l'on considère le fait en lui-même : « les faits relevants sont classés par rapport à ce fait considéré « per se ».

Mais on peut considérer ce fait « fact in issue », par rapport à la personne qui l'a fait : Ainsi, dans

un procès civil considérer le fait par rapport à la personne, cela revient à se poser la question de savoir si c'est bien un tel qui a signé le contrat.

Une nouvelle branche de la classification apparaît ainsi :

II. — Les faits montrant l'identité ou les rapports des parties

Nous ne pouvons faire mieux que de citer des exemples :

S'il est contesté que ce soit A. qui ait signé l'acte, en l'absence d'une évidence directe de son identité, la similitude de nom et d'écriture, de résidence et d'occupation peuvent contribuer à la preuve. Voilà des *facts showing the identity of the parties* (1).

L'application de ce principe se présente surtout au criminel (Nous renvoyons le lecteur aux ouvrages suivants : Wigmore, *op. cit.*, t. I, § 410, p. 754 et s. ; Phipson, *op. cit.*, p. 119 et s. ; Earl of Halsbury, *op. cit.*, t. XIII, p. 445).

III. — Les faits montrant l'état d'esprit des parties

Pour l'état d'esprits des parties, il faut observer que la *law of evidence* n'entend pas par là seulement l'aliénation mentale ou la faiblesse d'esprit (2).

1. Halsbury, *op. cit.*, p. 447.

2. Le droit français règle cette question dans les articles 489 à 512.

Il s'agit surtout de l'état d'esprit des parties, savoir principalement la connaissance qu'elles ont pu avoir de tel ou tel fait, de l'intention qui les a guidées dans l'accomplissement de tel ou tel acte : la connaissance « Knowledge ». Généralement ceci est déterminé au moyen de l'évidence directe, savoir par la partie elle-même, ses déclarations. A son défaut, la *circumstantial evidence* apporte des inférences (1).

Par exemple, le fait que telle personne a eu entre les mains des documents contenant les informations dont s'agit : Wright contre Thorthan, 5. (Cas rapporté par Phipson, *op. cit.*, p. 62 et 127).

L'intention : *L'Intention* dans certains cas est régie par le *substantive law*. Par exemple elle prescrit que l'on n'a pas à se préoccuper de l'intention d'un individu qui emprunte de l'argent étant en état de « Bankruptcy ». Peu importe sa bonne foi, il est présumé coupable. Quand elle est matière d'évidence, l'intention se prouve par la « *circumstantial evidence* », c'est-à-dire à défaut d'évidence directe par des inférences telles que celle-ci :

Quel est par exemple le *domicile* qu'un Français A. résidant en Angleterre, entendait avoir ; ces faits qu'il a vécu vingt-sept ans en Angleterre ; qu'il s'y est marié deux fois, qu'il y fut associé pendant longtemps avec un Anglais, qu'il a fait son testament dans la forme anglaise, tendent à prouver que c'est un domicile anglais qu'il avait élu. Cependant le fait qu'il a fait de fréquents voyages en France et refusé de se

1. Halsbury, *op. cit.*, p. 448.

faire naturaliser anglais, qu'il a retenu une maison en France pour plus de trois ans, est en faveur de l'opinion contraire. Douest contre Geoghegan (1878), *Law Reports Chancery divisions* (45 V. 1875-1890) 441 (*Court of appeal*).

Telles sont les deux principales catégories de *facts* relevant que la « *circumstantial evidence* » trouve à utiliser de ce côté du *fact in issue* considéré en rapport avec les parties.

Passons à la quatrième branche de classification.

IV. — « *Character* »

Que doit-on entendre par le *character* ?

C'est un élément qui appartient aussi bien aux personnes qu'aux choses :

Pour les personnes c'est notamment leur moralité ou leur capacité dans l'exercice de telle ou telle profession,

Pour les choses, c'est leurs vices ou leurs qualités, par exemple, le mauvais état d'une voie ferrée, ou la méchanceté d'un animal.

Ainsi défini, le *character* peut-il être relevant dans un procès ?

Le droit anglo-américain distingue deux cas :

1° Le *Character is in issue*. Quand le caractère général d'une partie forme lui-même le *main fact*, il est évidemment relevant.

Par exemple, lorsqu'il s'agit de savoir si une gouvernante est « compétente, bien élevée et d'un bon

tempérament ». Cette question peut s'élever à propos de son renvoi. Les parties sont alors admises à prouver son *character*. Fountain contre Boodle 3. *Law Reports Queen's Bench* (déjà cité), 5.

La même règle s'applique aux choses.

Par exemple, le caractère dangereux d'un quai dans une station de chemin de fer. Le mot *character* ici, signifie conditions. Moore contre Ransonne 14. *The Times Law Reports* (déjà cité), 539. *Court of appeal*.

De même quand les instincts d'un animal sont en question, on peut recourir à une enquête sur le *character* de cet animal. Brown contre Eaistern and Midlands Railway C^o 1889. 2. *Law Reports Queen's Bench division* (25 vol. 1878-1890). 391 *Court of appeal*.

2^o Le *character is not in issue*.

Le *character* est invoqué pour établir un autre fait.

Quant au *character* des parties, incapacité dans telle ou telle profession, c'est certainement une donnée qui est de nature à influencer sur le fait en question dans un procès. Toutefois, ce n'est pas en principe un élément de la *circumstantial evidence*, parce que quel que soit son mérite comme moyen probatoire, il est interdit d'y recourir en règle générale. Non pas qu'il ne soit pas très logiquement relevant, mais pour des raisons de policy et de liberté, car le plaideur ne serait plus protégé contre des imputations de nature à nuire à toute sa carrière. Qu'importe que ce fait soit relevant, s'il

n'est pas admissible. Or, il n'est pas permis en droit anglais de suggérer quoi que ce soit sur la moralité ou l'immoralité des plaideurs (1).

Cependant ce principe souffre deux exceptions :

Il peut être fait état du caractère :

1° Pour enlever tout crédit à un témoignage :

Nous renvoyons sur ce point le lecteur aux règles de la *law of evidence* relative à la *testimony evidence* (2).

2° Pour obtenir une réduction dans le cas d'une condamnation à des dommages-intérêts.

C'est ainsi que le diffamateur peut invoquer le mauvais caractère du plaignant qui intente l'action en diffamation (*libel*).

Mais on doit s'en tenir à la réputation la plus générale dont jouit le plaignant. Si le reproche est relatif à un point particulier de son *character*, la preuve doit se restreindre à ce point particulier. En d'autres termes, dans ces cas exceptionnels, l'admission de la preuve du *character* est très restreinte.

Ainsi, c'est seulement la réputation du plaignant comme jockey qui doit être invoqué, s'il est diffamé comme jockey. Wood contre Cox, 1888, 4. *The Times Law Reports*, (1884 *current*), 550-652-655.

Mais il ne faut pas chercher des inférences dignes d'être retenues, et par conséquent, voir des faits relevant, dans de simples rumeurs, ou des soupçons dirigés dans le même sens que le « libel », ou dans

1. Halsbury, *op. cit.*, p. 454.

2. Halsbury, *op. cit.*, p. 600.

des faits particuliers révélant une mauvaise disposition. Scott contre Sampson, 1882. 8. *Law Reports Queen's Bench division* 25 V. (1875-1890), 490.

Dans le cas de violation d'une promesse de mariage, l'immoralité de celui qui réclame une indemnité pour cette rupture est relevante à l'effet de conduire à une mitigation des dommages. Foulker contre Svellway, 1800. *Espinasses reports. Nisi Prius* 6 V. (1793-1810), 236.

L'immoralité d'une femme est relevante dans le même sens dans le cas d'une instance pour séduction. Bamfield contre Massey (1800) I. *Campbell's Report Nisi Prius* 4 V. (1807-1816), 460.

Il ne faut retenir que l'immoralité antérieure à l'acte de séduction.

Il en est exactement de même pour l'adultère. Si c'est le mari qui se plaint, son *character* général d'infidélité, antérieur à la faute de sa femme, si c'est la femme, le *character* de celle-ci, peuvent être respectivement invoqués par le défendeur pour obtenir une atténuation des condamnations pécuniaires. Smith contre Allison 1765, *Buller, Nisi Prius*, 27. Winter contre Henn (1841), 4. *Carrington and Payne's Reports Nisi Prius*, (9 vol. 1823-1841). Bromley contre Wallace (1803) 4. *Espinasse's reports Nisi Prius*, (déjà cité) 237.

V, — Les « similar facts »

Cet élément possible de la *circumstantial evidence* se distingue des deux autres parce qu'il peut porter

aussi bien sur le *main fact* considéré en lui-même, que sur le fait considéré par rapport aux parties (savoir l'identité et l'état d'esprit des parties dans l'accomplissement de l'acte).

En quoi consiste le *similar fact*. *In abstracto*, cela revient à dire : on a déjà vu cela, donc cela a encore eu lieu au moment dont s'agit.

C'est, par exemple, le fait par un brasseur de livrer de la bonne bière à sa clientèle, qui peut être relevant à l'effet de prouver qu'il en a livré de bonne qualité au débitant qui lui intente aujourd'hui un procès. *Holcombe contre Hewson 1810 2. Campbell's Reports Nisi Prius 391.*

En général, cette inférence est inadmissible bien qu'elle soit relevante au point de vue logique à cause des longueurs que pourrait engendrer dans les procès le fait par les parties d'invoquer des événements qui, bien que semblables, ne sont pas spécifiquement le cas particulier du procès (1).

Cette règle d'*irrelevancy* souffre cependant quelques exceptions ; aussi peut-on ranger, réserve faite de cette restriction, les *similar facts* parmi les éléments de la *circumstantial evidence*.

Nous devons distinguer : 1° l'application du *similar fact* au *main fact* considéré *per se* ; 2° son application au *main fact*, dans son rapport avec les parties (l'état d'esprit des parties notamment).

Voici pour le premier cas quelques espèces :

Dans une instance en divorce, des actes d'incon-

i. Halsbury, *op. cit.*, p. 451.

tinence *ante nuptiale* et *post nuptiale*, antérieurs ou postérieurs à ceux relevés dans l'instance, sont recevables à prouver l'adultère de la femme avec le complice visé. Wales 1900. *Law Reports Probate Divorce and Admiralty division* (déjà cité) 63.

Qu'on le remarque bien, il s'agit ici, de faits particuliers, précis et déterminés ; le *similar fact* doit être entendu dans ce sens restreint, et non pas comme dans le cas du brasseur cité plus haut, dans le sens vague et général, d'une manière d'agir ou de commercer (ce qui caractérise le « fact similar » et évite de le confondre avec autre chose, par exemple le *course of business* (1). C'est exactement l'action ou l'ommission d'un acte particulier dans une occasion semblable qui peut servir d'évidence à l'action ou à l'ommission du même acte dans l'espèce du litige (2).

Pour le deuxième cas, on peut recourir à un *similar fact* par exemple, à l'effet de prouver une diffamation.

B est-il le diffamateur de A dans le cas présent ? S'il a précédemment publié des libelles contre A, s'il en a publié de semblables après, voilà des *similar facts* qui seront recevables à établir dans le cas présent la diffamation de A par B. Pearson contre Lemaitre, 1843. 5. *Marning and Grangers's reports Common Pleas* 7 V. (1840-1845), 700.

Voici, en résumé, comment nous avons dégagé

1. V. *suprà*, p. 273.

2. Halsbury, *op. cit.*, p. 451.

l'exposé du fait pertinent selon la méthode anglo-américaine.

Mais tous les faits relevant ne peuvent pas être indifféremment invoqués dans un procès ; il faut de plus qu'ils soient admissibles. Ceci nous amène à la question de l'admissibilité qui ne doit pas être confondu avec la relevance.

CHAPITRE III

LE FAIT ADMISSIBLE

Nous allons parler ici, en premier lieu, de la distinction entre la relevance ou pertinence et l'admissibilité.

Le droit français ne nous semble pas faire cette distinction.

Nous pourrions la relever au contraire dans le droit égyptien. (A cette occasion nous l'examinerons dans le droit musulman).

Mais seul le droit anglo-américain la dégage pleinement et en fournit la justification.

Dans le droit français, dès le xiv^e siècle, à propos de l'Enquête devant le Parlement dont nous avons déjà parlé, il est cependant possible de noter une certaine distinction qui se rapporte peut-être à la relevance et à l'admissibilité.

La question de la relevance et de l'admissibilité se posait évidemment au moment d'ordonner l'enquête. L'admissibilité ne se distingue pas cependant de la relevance à ce moment dans les textes que nous avons

de cette époque. L'enquête n'était ordonnée que de « faits sans la vérité desquels l'on ne pouvait déterminer la cause (*Grand coutumier de France* par Jacques d'Ableige, passage inédit. Manuscrit de nouvelles acquisitions françaises 3555 de la Bibliothèque nationale, f. 154 V°, Guilheirmoze *op. cit.*). L'*appointement* de la cour ordonnant l'enquête, intervenait après des plaidoiries orales. Il prescrivait aux parties de rédiger par écrit les faits proposés et niés. Nous avons vu que ces faits étaient énoncés dans des « articles » distincts des conclusions ou « *intendit* ».

Chacune des parties devait répondre aux articles de l'autre. Or, on n'était pas obligé de répondre à certains articles ou faits qui ne devaient pas être abordés dans l'enquête.

De plus, au moment de l'enquête ces faits étaient exclus dans le but de simplifier l'opération. La procédure canonique avait inventé ce système pour réduire la matière de l'enquête (1).

Quels étaient les faits ainsi éliminés ?

1° Les faits impertinents, c'est-à-dire qui étaient inutiles aux fins de l'instance (Voir chapitre II, *supra*, p. 249) ;

2° Les faits trop généraux, et obscurs (*Grand Coutumier* déjà cité, p. 418) ;

Il ne nous semble pas que l'on puisse trouver ici une distinction nette de la relevance et de l'admissibilité. Cette deuxième catégorie de faits se rapporte plutôt à la question de détermination.

1. Guilheirmoze, *op. cit.*, p. 53.

Si l'on passe à la deuxième période de l'ancien droit français, il est peut-être possible de discerner davantage quelque chose qui fait apparaître cette distinction.

Rodier (*op. cit.*, p. 325) indique les faits sur lesquels on peut ordonner une enquête. Il affirme comme nous l'avons vu qu'ils doivent être *afférents*, puis il ajoute que la preuve en doit être *admissible*.

Malheureusement, cette distinction ne lui paraît pas présenter grand intérêt puisqu'il la mentionne en une ligne sans en tirer aucun développement.

Dans le droit actuel, les textes du Code de procédure confondent absolument les deux questions. L'article 253 emploie le mot *admissible* dans le sens que les faits doivent, en les supposant prouvés, exercer une influence décisive sur le jugement.

« On dit aussi pertinents, c'est-à-dire, relatifs à la demande, ou concluants, c'est-à-dire susceptibles d'entraîner le rejet des prétentions de la partie adverse » disent les auteurs français (1).

En général, la jurisprudence ne va pas plus loin que les textes ou la doctrine (voir Cass. 28 novembre 1896. D. P. 1897.1.523). Il s'agissait d'une demande d'indemnité par un locataire à l'encontre du propriétaire qui avait repris possession des lieux loués lesquels avaient été abandonnés. Le locataire offrait de prouver que le propriétaire avait pillé et saccagé les effets mobiliers garnissant le local (il s'agissait de machines et de marchandises). Le tribunal

1. Garsonnet, *op. cit.*, § 698, p. 488.

civil avait repoussé l'enquête « attendu que les faits allégués sont tellement *invraisemblables* que la preuve n'en saurait être admise ». La Cour d'appel qualifie après le tribunal les faits d'*impertinents* et la Cour de cassation dit « que la cour ne s'est pas bornée, pour rejeter l'offre en preuve desdits faits, à dire qu'ils étaient pour la plupart inexacts et invraisemblables, mais qu'en déclarant qu'ils étaient tous dénués de pertinence, elle a par cette appréciation souveraine justifié la décision sur ce chef, conformément à l'article 253 du Code de procédure civile.

Nous aurons cependant plus loin l'occasion de relever des arrêts où la pertinence est nettement dégagée de l'invraisemblance. Or, l'invraisemblance rentre dans l'inadmissibilité.

Mais en général on peut dire que le terme d'admissibilité est employé en droit français dans un sens générique qui englobe la pertinence et il n'est pas possible de relever dans cette législation une distinction technique entre l'une ou l'autre de ces deux notions. Cependant, en fait, la distinction existe à l'état latent dans le droit positif et nous croyons qu'il y a le plus grand intérêt à ne plus faire cette confusion.

Par exemple l'aveu, fait à un avocat par une partie de tel ou tel fait, peut être extrêmement pertinent pour la solution d'un litige. Mais les dispositions relatives au secret professionnel empêchent cet élément d'être admissible.

Dans le droit égyptien, les textes du Code mixte

ci-dessus mentionnés emploient toujours les deux termes d'admissibles et de pertinents d'une façon distincte. Nous renvoyons le lecteur à la citation que nous en avons donnée à propos de la pertinence.

Dans le Code indigène, il en est de même, aussi bien dans la rédaction française que dans la rédaction arabe (1).

Malheureusement la jurisprudence, dans la plupart des arrêts cités au chapitre précédent, confond tout à son aise les deux choses.

Cependant dans la doctrine le professeur Abdel Hamid Abouhef bey distingue l'admissibilité de la pertinence et cite des exemples sur lesquels nous reviendrons, dans son ouvrage sur la procédure civile déjà cité n° 824 et s. p. 588 (2^e édition).

En droit musulman, on n'emploie pas le terme admissible, mais on emploie le terme possible. Or l'impossibilité ce n'est qu'une partie de l'admissibilité. Mais dans tous les cas, ce droit ne confond pas l'impossibilité avec la pertinence.

En droit anglo-américain l'admissibilité dit Wigmore (2) est une qualité intermédiaire entre la relevance ou valeur probative, d'une part, et la preuve ou valeur d'évidence, d'autre part. L'admissibilité signifie que le fait est relevant et quelque chose de plus, à savoir : que la policy, c'est-à-dire l'intérêt public et la morale ne s'y opposent pas.

1. Voir *supra* p. 236, notes 3, 4, 5 et 6.

2. Wigmore, *op. cit.*, t. I, p. 155.

Cependant certains auteurs soutiennent que la relevance est idendique à l'admissibilité.

Pour Stephen : tout se ramène à la question de savoir si le fait est relevant (*Digest of evidence*, 1876. Introduction).

Cette généralisation est incorrecte, dit Wigmore (1), ou bien il faut donner un sens très général au terme de *relevance*. Les règles les plus caractéristiques de l'admissibilité n'ont rien à voir avec la valeur probative d'un fait. Elles conduisent à l'exclusion d'un fait sans donner cette raison qu'il n'a pas de valeur probative. Par exemple, la règle du privilège ; il est interdit de requérir le témoignage d'un ministre, ceci uniquement dans l'intérêt de l'Etat.

Pourquoi vouloir étendre le sens du mot *relevance*? Nous avons, au contraire, besoin de distinguer les deux choses. Wigmore rapporte quelques passages très frappants d'un article : « *Presumptions and the law of evidence* » par le professeur James Bradiley Thayer in *Harvard review*, 3 (1889), p. 143.

Ce qui donne à cette distinction un intérêt pratique considérable, c'est, qu'en droit anglo-américain, le tribunal est souvent composé d'un juge et d'un jury, c'est au juge de décider si le fait doit être ou non soumis au jury, en vertu de la loi ; c'est lui qui, par exemple, écarte la déposition d'un ministre au sujet d'un secret d'Etat ; le jury pourrait vouloir l'entendre, mais le jury n'a à trancher que le point de savoir si la démonstration est faite (2).

1. Wigmore, *op. cit.*, t. I, p. 156.

2. Wigmore, *op. cit.*, t. I, p. 157.

En résumé, comme le dit en substance Phipson (1), la *relevance* doit être distinguée de l'admissibilité. Un fait peut être « in issue », il peut être logiquement relevant, ou encore légalement relevant ; cependant il lui arrivera d'être écarté pour des raisons de « policy », par exemple, s'il s'agit d'un secret d'Etat.

Les Anglais arrivent à formuler cet *axiome* :

« *All facts having rational probative value are admissible, unless some specific rule forbids.* »

C'est-à-dire : tout fait ayant une valeur probative est admissible à moins qu'une règle spéciale ne le défende.

Mais une deuxième question se pose : est-il légitime, juste et logique d'exclure de la preuve des faits qui peuvent y conduire ?

Rationnellement, dans l'intérêt de la vérité, du moment que le fait est pertinent, on ne devrait pas l'écarter.

Cependant, des règles spéciales qui interdisent dans certains cas la production de certains éléments de preuve, de faits parfaitement relevant, peuvent se justifier au nom de l'ordre public. Ainsi l'intérêt de l'Etat commande d'éliminer la déposition d'un ministre quand elle est de nature à conduire à des divulgations fâcheuses ; la morale, les convenances s'opposent à ce qu'un mari vienne témoigner contre sa femme, à ce que des parents cherchent à établir une filiation adultérine.

1. *Op. cit.*, p. 141.

D'autre part, même au point de vue de la logique, il est des cas où la preuve d'un fait relevant choquerait le bon sens, si le fait était par lui-même tout à fait impossible ou invraisemblable.

Les auteurs anglo-américains ont très nettement dégagé la première justification indiquée. Ils en font ressortir d'ailleurs le caractère qu'elle a de ne pouvoir conduire qu'à une dérogation exceptionnelle au principe de la production inconditionnelle de tout fait relevant. La doctrine anglo-américaine a une tendance à restreindre la portée de l'inadmissibilité.

Les auteurs musulmans ont, de leur côté, très bien compris la deuxième justification que l'on peut apporter à l'inadmissibilité d'un fait relevant, à savoir l'exception tirée de son impossibilité. Et dans le droit français, il est certain que l'on tient compte également de ces deux séries de considérations pour l'admission des éléments de preuve.

Puisant dans ces diverses législations les bases de notre théorie, nous allons étudier dans un paragraphe 1^{er} : L'impossibilité de la preuve, et dans un paragraphe 2 : La prohibition de la preuve.

§ 1^{er}. — Du fait impossible (1)

Il s'élève ici une grosse difficulté. Comme le dit Bentham (2), « la notion de l'impossible varie selon l'état des connaissances humaines et le degré d'intelligence des individus. On peut dire, en d'autres termes, que la crédibilité d'un fait est relative à l'état de notre esprit et de nos lumières actuelles. Les notions du possible et de l'impossible, du probable et du certain ne sont pas des propriétés qui existent dans les faits eux-mêmes, mais seulement des inclinations de notre esprit, des dispositions internes que nous éprouvons en pensant à ces faits : en sorte que le même fait qui paraît nécessairement probable à l'un, paraît à un autre aussi nécessairement improbable, et la chose qui paraît impossible à un académicien paraîtra non seulement possible, mais certaine à un Hottentot ».

C'est pourquoi il importe de tracer une classification des différentes sortes d'impossibilités. Cette classification au point de vue juridique n'a pas besoin d'être rigoureusement fondée sur une critique philosophique approfondie.

Bentham dit lui-même : « Avant d'entrer dans cette discussion, sur l'improbable et l'impossible,

1. Il ne faut pas confondre le fait impossible avec la preuve impossible dans le cas par exemple d'une proposition affirmative ou négative indéfinie. V. *supra*, p. 212.

2. *Op. cit.*, t. II, p. 173.

l'une des plus difficiles qui puisse occuper l'esprit humain, je dois avertir que je me renferme dans ce qui appartient aux preuves judiciaires (1).

« En matière de faits juridiques, impossible ne peut signifier qu'improbable au plus haut degré (2). »

Bentham indique lui-même les éléments qui doivent servir de base à cette classification. Ce sont les faits juridiques eux-mêmes. Ces faits, infiniment divers, se ramènent cependant, au point de vue du droit, à deux classes principales, ce qui simplifie considérablement notre classification. Il y a les événements de la nature extérieure d'une part, de l'autre, les faits de l'homme.

On est fondé à distinguer, et à distinguer seulement, ainsi : 1° l'impossibilité matérielle ou physique et 2° l'impossibilité humaine.

La première est celle qui se fonde sur l'incompatibilité d'un événement avec ce qu'on appelle le principe des lois de la nature.

La seconde est celle qui se fonde sur l'incompatibilité d'un acte avec les caractéristiques de la nature humaine. Ici le sens commun et la pratique judiciaire ne semblent pas admettre des lois aussi rigoureuses que pour la nature.

Mais auparavant il y a une autre espèce d'impossibilité qui est très générale et peut s'appliquer à tout, si l'on se place à un point de vue particulier : nous voulons parler de l'impossibilité mathématique

1. *Op. cit.*, t. II, p. 167.

2. *Op. cit.*, t. II, p. 168.

ou logique, celle qui repose sur la violation du principe d'identité. Une preuve qui tendrait à prouver que 2 et 2 ne font pas 4 ou qu'un homme situé à un moment donné à une distance kilomètre N, d'un point de l'espace, a accompli en ce point, au même moment, tel ou tel acte est évidemment une preuve impossible au suprême degré. C'est là le fondement de l'alibi.

Ce qui distingue cette dernière impossibilité des deux autres, c'est qu'elle n'a pas de degré. Cela est ou n'est pas ; on ne peut être à la fois ici et là ; 2 et 2 ne font pas 5 ; ce sont là des déductions du principe d'identité qui ne peuvent être discutées.

Pour ce qui est, au contraire, des deux autres sortes d'impossibilités, il est certain que nul ne peut affirmer, dans l'état actuel des sciences physiques et naturelles, d'une manière absolue, que tel ou tel fait est impossible, encore moins que tel ou tel acte l'est également dans l'état actuel des sciences psychologiques.

Ce n'est pas, en réalité, impossible qu'il faudrait dire, mais invraisemblable ou improbable. De degrés en degrés, l'impossible ou l'invraisemblable s'atténue jusqu'à n'être plus que l'extraordinaire.

« Autant il est raisonnable de ne pas admettre dans la pratique ordinaire de la vie l'existence des faits miraculeux, autant il est sage aussi de ne pas déclarer de prime abord impossible un fait, par cela seul qu'il semble extraordinaire, lorsqu'il n'a rien de physiquement impossible (Bentham, *op. cit.*, t. II, p. 202).

Prenons des exemples dans Bentham (p. 202-205) :

« 1^o *Durée de la vie.* — Teleus ayant droit à une annuité dans un pays éloigné, envoie son certificat de vie pour réclamer le paiement. L'âge de Teleus est 170 ans. Parr était parvenu à 161 ans, Jenkins à 169 ans ; mais le juge n'a point entendu parler de Parr ni de Jenkins, ou ne croit pas à cette longévité extraordinaire. Il n'y a pas longtemps qu'il a paru un article dans une feuille périodique sur un homme encore vivant qui avait passé 180 ans.

« 2^o *Durée de période de gestation.* — C'est un point de question qui n'est pas très rare dans les tribunaux, et qui est de la plus grande importance pratique pour la légitimité des enfants. Il y a des grossesses bien attestées qui ont duré au delà de treize mois. Dans le cas d'une grossesse prolongée au delà du terme de dix mois, un juge téméraire trop décidé pour recourir à des témoignages scientifiques, pourrait commettre la plus cruelle injustice.

« 3^o *Nombre d'enfants nés du même accouchement.* La naissance de trois enfants en même temps est un fait assez commun pour ne pas admettre de doute sur sa possibilité. Une personne se présente avec une réclamation de succession, et dit : ma mère a eu quatre enfants à la fois, et je suis l'un d'eux. « Quatre à la fois, dit le juge, je ne puis pas le croire ; pour trois, j'en ai connu des exemples ; mais quatre, c'est un fait impossible ; je ne veux pas recevoir vos preuves. Je me rappelle avoir vu dans les papiers publics une notification de cinq à

une seule naissance, avec désignation des noms, du temps et du lieu.

« 4° *Nombre d'enfants nés d'une même femme.* —

Une précipitation erronée peut avoir lieu dans ce cas comme dans le précédent. J'ai un souvenir distinct d'avoir lu un exemple de 40 enfants de la même mère.

« 5° *Durée de la fécondité chez la femme.* — Je crois avoir lu un cas où elle aurait eu lieu après soixantedix ans. Une succession est réclamée en faveur d'un enfant dont la mère (et c'est en ceci que consiste l'objection contre lui) doit avoir eu soixante ans lorsqu'elle l'a mis au monde. C'est un fait impossible, dit un juge téméraire, il n'est pas besoin de l'admettre à faire ses preuves !

« Par rapport aux faits déviatifs en degrés, il est impossible de fixer dans l'échelle un point précis qui sépare l'incroyable du croyable. Il est vrai qu'en prenant beaucoup d'espace au delà du niveau moyen, en allant aux extrêmes, il y a peu de difficultés ; mais commencez d'abord par ce degré qui présente la plus forte déviation dont on ait des exemples, proposez le degré suivant, et ensuite le plus prochain de celui-ci, et à peine trouverez-vous un homme qui ne soit embarrassé, perplexe, et qui ose prendre sur lui de dire, ici la crédibilité cesse, l'incrédibilité commence. Pour la stature humaine, cent pieds est au delà de toute croyance : fort bien. Mais neuf ? on a montré à Londres un homme de cette taille. Que direz-vous de neuf pieds un pouce ? — Possible. — Un pouce de plus ? — Et encore un autre ?

Continuez ainsi. La limite absolue est introuvable.

« Pour la force musculaire ? Point d'homme qui soit capable de porter sur ses épaules un bœuf gras de la plus grande espèce : peu d'hommes qui n'eussent été capables de porter le même animal au moment de sa naissance ; demandez donc à quel âge précis, à quel degré précis de poids il eût cessé d'être au pouvoir de cet individu ou de tout autre de le soulever. Pour le nombre des enfants, la légende irlandaise rapporte qu'en conséquence de l'imprécation d'une femme enceinte, la comtesse de Desmond eut autant d'enfants qu'il y avait de jours dans l'année ; je ne me souviens pas si ce fut dans un seul accouchement ou dans plusieurs. La naissance de cinq à la fois a été annoncée avec toutes les circonstances du fait. Prenant ce nombre pour certain, de six serait-il incroyable ? allez ainsi d'un à un, jusqu'à la fécondité de la comtesse Desmond. Seulement plus le nombre est grand, plus ils doivent être en miniature, comme les démons de Milton, dans le grand conseil du Pandaemonium ! »

Ceci dit, à la lumière du sens commun, il nous faut examiner où en est la question dans les différentes législations.

En droit français, la notion d'impossibilité a été négligée par le législateur.

Les auteurs en parlent à propos de l'enquête et d'une manière sommaire parce que ce point est laissé à l'appréciation souveraine des tribunaux.

Garsonnet (*op. cit.*, t. III, p. 26). « Le tribunal ordonne l'enquête pourvu que les faits soient :

1° concluants ou admissibles ; 2° douteux ; 3° vraisemblables (et susceptibles d'être prouvés par témoins, ce qui est relatif, non pas au fait impossible mais à la preuve impossible).

Les auteurs traitent ainsi de l'impossibilité du fait sous le terme d'invraisemblable.

La jurisprudence est assez abondante sur cette question de l'impossibilité (sous l'expression générique d'invraisemblance qui, suivant la remarque de Bentham, définit exactement l'impossibilité judiciaire).

Voici les espèces les plus caractéristiques que nous intégrons dans les trois branches de la classification ci-dessus proposée :

1° Impossibilité mathématique.

Tous les cas où il est invoqué un « alibi » rentrent dans cette catégorie.

2° Impossibilité physique ou naturelle.

Le cas cité plus haut (Cass., 25 novembre 1896. D. P. 1897.4.523, *supra*, p. 287). Le tribunal civil avait ainsi décrit l'invraisemblance dont s'agissait dans le procès : « Que, si l'on se reporte aux conclusions des demanderesses et en tenant compte de la nature des marchandises et matières premières, on voit que pour opérer l'enlèvement des quantités énumérées, il aurait fallu non pas quelques heures, mais plusieurs journées. » Il s'agit bien ici d'une impossibilité tenant aux lois de la nature ; lois de la pesanteur, lois physiques régissant le travail du corps humain et des machines dont il peut s'aider.

Voici deux sortes d'impossibilités qui sont péremp-

toires à l'effet de faire rejeter l'admissibilité d'un fait offert comme matière de preuve.

3° *L'impossibilité morale*, proprement humaine ou psychologique est beaucoup plus sujette à caution.

Rouen, 29 décembre 1875, D. P. 77.2.1.

Il s'agissait d'une offre de prouver par témoins la destruction par cas fortuit d'un testament, destruction remontant à trois années. La question se posait de savoir non pas précisément s'il était vraisemblable que le testament ait été brûlé, comme il était dit, par le domestique du testateur, mais s'il était vraisemblable que des témoins se souvinsent de cet accident.

Voici d'autres espèces (Cass., 21 juin 1827. *Jur. gén.*, v° Enquête).

« Un arrêt de la cour de Besançon du 24 novembre 1815 avait démis les frères Dornier de leur demande à faire preuve par témoins de différents faits de violence.

« Attendu, y est-il dit, que les faits dont on demande la preuve et qui n'ont pas été retenus par les premiers juges ne sont point vraisemblables et que l'on doit réformer le jugement. »

Les frères Dornier se sont pourvus pour violation des articles 253 et 254 en se fondant sur ce fait que les juges devaient ou déclarer que les faits articulés étaient démentis par les circonstances du procès ou qu'ils étaient admissibles et non pertinents en les supposant justifiés; que la cour de Besançon n'avait pas rempli cette obligation en les déclarant invrai-

semblables ; que les faits invraisemblables peuvent être pertinents ; que cela arrivera même presque toujours, car plus les faits auront de gravité, plus ils seront invraisemblables.

Que c'était le cas de dire que le vrai pouvait quelquefois n'être pas vraisemblable.

Que dès lors l'arrêt n'était pas suffisamment motivé...

La Cour : « Attendu, sur le reproche de violation des articles 253 et 254 du Code de procédure, qu'aucun de ces articles n'impose aux tribunaux l'obligation d'admettre des preuves testimoniales ; qu'ils déterminent seulement les cas dans lesquels cette admission pourra être ordonnée ; que c'est donc une simple faculté dont l'exercice est abandonné à la conscience et au discernement des juges ; qu'ainsi le refus d'admettre la preuve de certains faits, quels qu'en soient les motifs, soit d'invraisemblance, soit de non-pertinence, ne peut servir de base à une ouverture en cassation. »

Pour ce qui nous intéresse, il nous suffit de relever que ces faits de violence jugés invraisemblables rentrent bien dans la catégorie de l'impossibilité morale, ou humaine.

Autre espèce :

Dame B. contre son mari :

La dame B. appelle d'un jugement du tribunal de Guéret qui avait déclaré non pertinents et, dès lors, non admissibles, les faits par elle articulés à l'appui d'une demande en séparation de corps qu'elle avait formée contre son mari. Elle articule de nou-

veaux faits dont elle demande à faire preuve. Le sieur B. répond que ces nouveaux faits sont tardivement présentés ; qu'ils sont d'ailleurs, ridicules et invraisemblables ; que, dès lors, la preuve n'en est pas admissible.

La Cour : « En ce qui touche les nouveaux faits articulés par la dame B... en cause d'appel : Attendu que ces faits n'ont été articulés que devant la Cour ; que l'oubli devant les premiers juges desdits faits, dont quelques-uns auraient dû avoir laissé des traces profondes dans la mémoire de la dame B..., et conséquemment être portés en première ligne de ses motifs de séparation, n'est pas vraisemblable ; qu'il est même impossible ; que le caractère honorable, l'habitude des convenances et de la modération que la correspondance des parties produite au procès attribue au sieur B..., ainsi que plusieurs circonstances de la cause constatées par les pièces de la procédure et par cette correspondance, ajoutent à ces faits un nouveau degré d'invraisemblance ; qu'il est du devoir des magistrats d'apprécier la pertinence des faits dont une partie demande à faire preuve, et de refuser l'admission de cette preuve s'il sont convaincus qu'elle ne peut produire aucun résultat utile pour la justice ; sans s'arrêter ni avoir égard à la preuve offerte par la dame B..., de nouveaux faits articulés par elle, pour la première fois devant la Cour, laquelle est déclarée inadmissible, met l'appel au néant.

Du 21 novembre 1826. Cour de Limoges.

En droit musulman, la question n'est pas étudiée

à l'époque classique, à propos des conditions que doit présenter le fait à prouver. Des recherches assez pénibles nous ont permis de découvrir que les auteurs de cette époque en parlent incidemment dans le livre *De l'Établissement et de la recherche de la paternité*.

(Al Kassani, dans *Badayeh el Sinayeh* mort en l'année 587 de l'H. Tome VI, p. 252.)

Les *Moukalledine* au contraire, mentionnent cette condition que doit remplir le fait à prouver. Dans *Al Fatawa Al Hindya*, tome IV, page 3, en traitant du fait à prouver, l'auteur dit :

« Le fait à prouver doit être, de plus, possible, donc, si quelqu'un prétend être le fils d'une personne et que le rapport d'âge ne le permette pas, le juge n'admettra pas la preuve d'un pareil fait. »

Ebn Abdin, dans son traité *Rad Al Mohtar*, tome IV, page 466 (xii^e siècle) pousse l'analyse plus loin et distingue :

- 1° Le fait impossible par la raison ;
- 2° Le fait impossible par l'habitude :

Les premiers sont ceux qui sont incompatibles soit avec les principes mathématiques soit avec les lois de la nature, par exemple, qu'un individu soit plus âgé que son père ou sans rapport normal d'âge avec lui.

Il y a « sûreté » dit-il, d'impossibilité. L'impossibilité est absolue ; le fait doit être rejeté *de plano*.

Les deuxièmes sont ceux qui sont en désaccord avec le cours normal des choses, par exemple, dit Ebn Abdine : « Le fait qu'un tel qui est dans la misère a

grosse somme à un richard. » Ici la question est vivement discutée. Cela se rapproche de l'in vraisemblance en droit français.

Les Codes égyptien ou musulman n'en parlent pas, de même que les Codes français.

Parmi les auteurs anglo-américains, Bentham a seul développé cette question.

§ 2. — La prohibition de la loi

Nous ne devons pas entrer ici dans une étude détaillée des différents chefs de prohibition ; cette étude n'a pas sa place ici ; ces règles rentrent dans la théorie des moyens de preuve ou dans des matières de loi substantive.

Un aperçu général, une simple nomenclature nous paraît nécessaire pour que l'on ait une vue d'ensemble sur le point que nous traitons.

On ne trouve pas dans la doctrine française un catalogue des faits dont la preuve est prohibée par la loi.

Les auteurs de procédure civile, tels que Chauveau et Carré (*Lois de la procédure civile et commerciale*, 5^e édition. Paris, 1880, t. II, p. 488, n^o 211), mentionnent cette condition de l'admissibilité des faits à prouver.

Garsonnet se contente de citer quelques exemples tels que :

1^o Les faits appliqués à l'encontre d'une présomption *juris et de jure* (Les présomptions légales dont

l'étude rentre dans la théorie des moyens de preuve) ;

2° La filiation adultérine et incestueuse ;

3° Les faits diffamatoires (Garsonnet, *op. cit.*, t. II, n° 696 et Bonnier, *op. cit.*, développent cette question).

Ces indications sont fournies à propos de l'enquête. Ainsi cette question n'est étudiée ni à sa place ni d'une manière systématique.

Laissant de côté le droit musulman qui ne contient rien à ce sujet, nous trouvons dans la doctrine anglo-américaine une théorie générale et un catalogue complet.

La prohibition de l'admission de diverses sortes d'évidence intervient ici pour des considérations étrangères à la recherche de la vérité et qui sont tenues pour plus importantes à respecter que ce but n'est lui-même intéressant à atteindre (1).

Cet ensemble de règles connu sous le nom de *The rules of extrinsic policy*, se subdivise en deux classes :

Les règles de prohibition absolue ;

Les règles de prohibition conditionnelle.

Dans le premier cas, c'est la *court* elle-même qui doit appliquer d'office la règle.

Dans le second cas, c'est sur la demande de la partie intéressée que l'on écarte le fait proposé (2).

1. Wigmore, *op. cit.*, t. IV, p. 2951.

2. Wigmore, *op. cit.*, t. IV, p. 2951.

Cas de l'Exclusion absolue

Il y a d'abord l'exclusion pour *indecentcy*.

L'indécence est quelque chose de relatif, dit Wigmore. « Pour un pur, tout est pur », a dit Paul. On doit s'en remettre à l'appréciation de la « Court » et en passer par ses exigences dans chaque cas particulier. Cependant la *law of evidence* est nécessaire à la décision du procès civil ou criminel.

Une jeune fille intentait une action en diffamation contre une personne qui l'avait qualifiée impropre au mariage à raison de certains défauts de sa personne ; le juge Burnet a refusé d'examiner le cas ; il eut tort, dit lord Mansfield, in *Dacosta* contre Jones *Coxpers Reports*, King's Bench 2. V. (1774, 1778), 729.

Ainsi l'indécence n'est pas une cause d'exclusion quand le fait qui en est affecté est précisément le fait qui est en question dans le procès.

Wigmore parle ensuite de l'*impropriety* (juge, conseil, juré). Il s'agit de l'incompatibilité qu'il y a, pour les Anglais, entre les fonctions de juge, conseil ou juré et celle de témoin.

Nous croyons qu'il y a ici un défaut de méthode dans Wigmore : ceci concerne non pas le fait à prouver mais la théorie de l'exclusion des témoins.

Wigmore parle ensuite de l'*Inconvenience*.

On repousse la production d'un « public records » à cause du danger de perte ou de mutilation qui

1. Wigmore, *op. cit.*, t. IV, p. 2952.

peut en résulter. On devra donc se contenter d'une copie.

Voici donc une deuxième règle d'exclusion absolue.

L'*Illegality* (1) est-elle aussi un motif d'exclusion ?

Il s'agit de documents ou de témoignages obtenus par des moyens illégaux.

L'admissibilité de l'*evidence* n'est pas affectée par l'illégalité des moyens employés pour se procurer les documents ou les témoignages produits.

La marche de la justice ne peut être en effet arrêtée à chaque pas, au cours d'un procès, par des allégations qui tendraient à faire statuer le juge sur des espèces étrangères au litige en cours. Barret contre Fisch 1897, cité par Wigmore (p. 2956) : « Un tribunal ne doit pas s'arrêter à la manière dont les lettres ou papiers offerts en évidence, ont été obtenus. » Voir de nombreux cas cités au même endroit par notre auteur (§ 2183), édition de 1905.

Cas de l'Exclusion conditionnelle

Voici maintenant les principales subdivisions de la règle d'exclusion conditionnelle.

Ces subdivisions sont étudiées d'une manière très approfondie par Wigmore (*op. cit.*, t. IV, 1905, cha-

1. Wigmore, *op. cit.*, t. IV, p. 2954.

pitre LXXIV, § 2190, p. 2959 à chapitre LXXXV, p. 3366).

Nous trouvons dans Phipson un exposé plus simple et plus serré. Nous nous sommes principalement inspiré de ce dernier :

On distingue :

- 1° L'exclusion par *public policy* ;
- 2° L'exclusion par *privilege*.

1° Exclusion par *public policy*.

Cela comprend :

a) *Les affaires d'Etat*. — Il s'agit d'éviter la divulgation de secrets intéressant les « services publics ».

Par exemple, on ne peut invoquer le témoignage d'un ministre au sujet de la raison pour laquelle un prisonnier a obtenu le pardon du roi. R. contre Cobbett (2) *State trials new series*, 8 vol., (1820-1838), 873.

La règle s'applique :

Aux délibérations du Parlement :

On ne peut divulguer les notes ou discours des membres du Parlement sans l'assentiment des chambres (Plunkett c. Cobbet. 5 *Espinasse's Reports Nisi Prius*, déjà cité, 136).

Aux secrets ou papiers d'Etat.

Un officier des forts peut refuser de dire si le plan d'une construction qu'on lui produit est ou n'est pas conforme (R. c. Watson, 2. *Starckie's reports Nisi Prius*. 3 vol., 1814-1823, 116-148).

Aux communications entre les officiers publics à l'occasion de leurs fonctions, etc. (Voy. Phipson, *op. cit.*, p. 175-176).

b) *Judicial disclosures.* — Les juges des cours supérieures ne peuvent être contraints à dévoiler des faits relatifs aux affaires qu'ils ont eu à juger (Buckle c. Met Bd of Works, *Law Reports English and Irish, Appeals an Peerage Claims*, 5. House of lords 7 vol., (1886-1875), 418.

c) *Déclarations des parents relatives à la bâtardise de leurs enfants.*

Quand la légitimité d'un enfant né dans le mariage est en question, ni le témoignage, ni les déclarations des parents, hors l'audience, ne sont admises à prouver la conception ou la non-conception de cet enfant pendant le mariage (Stephen, *Digest.*, *op. cit.*, art. 98 ; Phipson, *op. cit.*, p. 179).

La déclaration de la femme, d'où il résulte qu'elle détestait son mari ne peut être admise (Wright. c. Holdgate ; *Carrington and Kirwan's Reports Nisi Prius*, 3 vol., (1815-1853), 158.

2° Exclusion par privilège

Il y a des cas où un fait, bien que pertinent, ne peut être admis, parce que la personne qui est en sa possession a reçu de la loi le privilège de n'être pas obligée à le communiquer :

a) *Professionnal confidence.* — Un client ne peut pas être contraint, un homme de loi (l'avocat,

l'avoué, ou même le clerc, l'intermédiaire ou l'interprète de ceux-ci) n'est obligé de dévoiler les communications orales ou documentaires échangées dans l'exercice de sa profession (Stephen, *Digest.*, *op. cit.*, art. 115, 116; Phipson, *op. cit.*, p. 182).

La règle est établie au profit du client, non au profit de l'homme de loi; son fondement repose sur la double nécessité d'une assistance professionnelle dans les affaires judiciaires, d'une part, et de la sécurité absolue et sans réserve des relations qui se créent à cette occasion, d'autre part (Greenough c. Gaskell. 1. *Myle and Keen's Reports Chancery*, 3 vol., (1832-1835), 103.

Le privilège de « professional confidence » est réservé aux hommes de loi; il ne s'étend pas aux *clergymen* (Stephen, *Digeste*, *op. cit.*, art. 117, note XLIV).

b) *Matrimonial communications.*

En vertu du statut : *criminal evidence act. 1898*, S^o 1 : « Aucun époux n'est obligé de dévoiler une communication à lui faite par son conjoint durant le mariage. »

Ce principe s'étend à toutes les communications échangées entre les époux et à tout ce qu'ils ont pu connaître l'un de l'autre, confidentiellement ou non, au cours de leur union.

Il y a d'autres cas qui concernent le droit criminel : C'est le fameux privilège de *self incrimination* dont nous avons parlé dans notre historique (*supra*, p. 140) (Stephen, *Digest*, *op. cit.*, art. 120; Wigmore,

op. cit., chap. I, t. XXVIII, § 2250 et suiv. ; Phipson, *op. cit.*, p. 193 et suiv.).

Malgré ses qualités cette nomenclature dressée par les auteurs anglo-américains n'est pas parfaite. Elle a besoin d'être complétée par des éléments puisés dans les ouvrages français.

Par exemple, l'autorité de la chose jugée, la force probante des actes authentiques, ne sont pas mentionnés à cette occasion par les auteurs anglo-américains: Pour avoir une idée achevée du fait admissible, il est essentiel de relever toutes les causes d'exclusion.

Mais quand le fait, par ailleurs relevant, est admissible, il faut encore qu'il soit déterminé, ce qui nous mène à notre quatrième chapitre.

CHAPITRE IV

LE FAIT A PROUVER DOIT ÊTRE DÉTERMINÉ

Cette dernière condition que doit remplir le fait à prouver, on la rencontre dans toutes les législations.

La nécessité de la détermination du fait à prouver, a été expliquée par les auteurs musulmans : un fait indéterminé, non articulé, ne peut être l'objet d'une discussion utile entre les parties ni former la base d'une sentence susceptible de recevoir son exécution (1).

Le législateur français l'énonce dans l'article 255 du Code de procédure civile et commerciale uniquement à propos de l'enquête. Mais c'est un principe général.

Art. 255. — « Le jugement qui ordonnera la preuve contiendra :

1° Les faits à prouver. »

Ce qui veut dire que cette énonciation des faits doit être précise.

1. Ebn El Houmam, *Fath El Kadir*, t. VI, p. 137 ; Al Kassani, *Badaych El Sanayeh*, t. VI, p. 221 ; Al Zaïlaï, *Kanz-al-Dakaek*, t. IV, p. 290 ; Al Fatawa Al Hindiyah, t. IV, p. 3 ; Ebn Abdin, t. IV, p. 466 ; El Taraboulssi Moën Al Hokkam, p. 53.

Ce texte ne fait que reproduire, en les simplifiant, des prescriptions que l'ancien droit français avait élaborées d'une manière d'ailleurs plus détaillée.

Ainsi, au xiv^e siècle nous savons que la cour donnait préalablement un appointement pour enjoindre aux parties de mettre par écrit les faits proposés dans les débats oraux intervenus sur la question de savoir s'il y avait lieu ou non de faire l'enquête. Ces faits étaient rédigés dans les articles dont nous avons parlé, et l'enquête ne portait que sur les articles qui avaient pu être raccordés, c'est-à-dire sur ceux qui avaient été respectivement allégués et déniés par l'une et l'autre partie.

Or, l'on n'était pas tenu de répondre à des articles « suppositifs, conditionnels, trop généraux » (*Speculum juris ou judicialie*, par Guillaume Duranti (ou Durand), évêque de Mende, livre II. *De positionibus*, § 7, n° 19, cité par Guilheirmoze, *op. cit.*, p. 60) ni à des articles « obscurs » (*Speculum* cité ci-dessus) ni « doubles » (Gratiad'Arezzo, *De judiciario ordine*, édictée par Bergmann dans *Pillii Tancredi Gratix libri de judiciorum ordine* Göttingue, 1842, in-4°, p. 364 ; *Speculum* cité ci-dessus livre II *de Positionibus*, § 7, n° 1, cités par Guilheirmoze, *op. cit.*, p. 60).

« Respondit quod est nimis generalis, non tenetur respondere, cum sit nimis generalis et obscurus » (*Archives historiques de la Gironde*, t. VI, p. 11, réponse à l'article 1^{er} et p. 21 réponse à l'art. 38 citées par Guillermoz, *op. cit.*, p. 61).

Dans l'ordonnance de 1667, l'article du titre XXII (des enquêtes) contient l'expression même que le

Code de procédure civile n'a fait que reproduire.

Les auteurs de l'ancien Régime (Rodier, *op. cit.*, p. 326) commentent ce texte en disant que les faits doivent être précis et non vagues et généraux ; par exemple, on ne doit pas ordonner vaguement que Jean prouvera que Pierre a commis des dégradations, qu'il a accompli un acte d'héritier, qu'il a rempli les fonctions d'une charge ; mais qu'il a coupé des arbres, arraché des vignes, démoli des bâtiments ; qu'il a vendu des meubles du défunt, ou obtenu paiement de ses dettes ; qu'il a fait tel acte, telle fonction d'une telle charge. Ainsi du reste...

La doctrine française, depuis la codification, se contente de mentionner le principe sans en tirer les développements qu'il comporte.

Carré et Chauveau, *op. cit.*, 5^e éd. (1880), t. II, p. 405. *Commentaire sur l'article 255.*

« Le jugement qui ordonne l'enquête doit contenir : 1^o Les faits qu'il s'agit de prouver ; ces faits doivent être posés d'une manière succincte et précise, pour qu'on puisse connaître si la preuve en est admissible et pour que cette preuve ne porte pas sur des points étrangers à ceux dont le tribunal fait dépendre la décision de la cause.

« Le jugement qui, en ordonnant ou en autorisant une preuve, n'énonce pas clairement les faits sur lesquels elle doit porter, est nul sans contredit. »

La jurisprudence fait des applications rigoureuses de ce principe, notamment en déboutant les parties de leur demande de preuve quand elle ne contient

pas d'une manière suffisante la détermination du fait allégué. Cass. civ., 16 décembre 1823, *Jur. gén.*

Obligations, n° 4619 4°. Il n'y a ni déni de justice ni excès de pouvoir lorsque les juges refusent d'admettre la preuve testimoniale de faits d'infidélité et de soustraction sur le fondement que ces faits sont vagues... (Req. 5 déc. 1892. D. P. 1893. 1.410).

Une cour d'appel peut, pour rejeter une demande de preuve formée pour la première fois en appel, se fonder sur ce que les nouveaux faits allégués n'ont pas un caractère suffisant de précision (Req. 27 avril 1900. D. P., 1901.1.478).

Le tribunal de la situation ne viole pas le décret du 24 août 1887 lorsque, sans méconnaître en principe l'admissibilité de la preuve par témoins, pour la justification de droits de propriété antérieurs à l'établissement des Français à Tahiti il croit devoir, par interprétation des lois et coutumes indigènes, refuser l'enquête réclamée à raison du manque de précision de la demande.

La législation égyptienne dans la matière du statut réel, est encore ici le reflet de la législation française. Le principe en vertu duquel le fait doit être déterminé est notamment dans le chapitre VII, titre I du Code de procédure civile et commerciale articles 177 (indigène), 300 (mixte) et article 182 (indigène. et 207 (mixte).

La doctrine égyptienne est conforme à la doctrine française (Voir Abdel Hamid Bey Abouhef, *op. cit.*, p. 520, n° 174).

Quant à la jurisprudence, elle l'applique avec la même rigueur que la jurisprudence française :

Voir les arrêts suivants de la cour d'appel mixte d'Alexandrie : 25 avril 1883, *B. L. J.*, I, p. 310 ; 16 mai 1889, *B. L. J.*, I, p. 189 ; 12 avril 1893, *B. L. J.*, V, p. 186 ; 5 décembre 1889, *B. L. J.*, II, p. 46 ; 5 décembre 1894, *B. L. J.*, VII, p. 31 ; 7 juin 1899, *B. L. J.*, XI, 278 ; 15 novembre 1899, *B. L. J.*, XII, p. 12 ; 21 mai 1901, *B. L. J.*, XIII, p. 320 ; 6 novembre 1901, *B. L. J.*, XIV, p. 2 ; 1^{er} mai 1907, *B. L. J.*, XIX, p. 229 ; 26 janvier 1910, *B. L. J.*, XXII, p. 109 ; 4 janvier 1911, *B. L. J.*, XXIII, p. 101 ; 7 mai 1913, *B. L. J.*, XXV, p. 370 ; 17 novembre 1910, *B. L. J.*, XXIII, p. 27.

Il en est de même des tribunaux indigènes. La cour d'appel indigène en a fait une application intéressante dans un arrêt récent du 13 novembre 1916 (Al Charaï, t. IV, p. 99, n° 26). Voir également les décisions suivantes (Damanhour, 6 septembre 1893 ; Houkoul, n° 9, p. 207 ; Dechna, 17 novembre 1902 ; Houkoul, XVIII, p. 149 ; Dessouk, 3 juillet 1901, Houkoul, XVI, p. 185).

Dans le droit musulman ce principe avait été depuis longtemps nettement formulé (1).

Pour en terminer, nous indiquons que le droit

1. Pour l'époque classique Ebn El Houmam, *Fath El Kadir*, *op. cit.*, t. VI, p. 137 ; Al Kassani, *Badayeh El Sanayeh*, *op. cit.*, t. VI, p. 221 ; Al Zaïlaï, *Kanz-al-Dakaek*, IV, p. 290. Pour l'époque des Moukalledine, Al Fatawa Al Hindiyah, *op. cit.*, t. IV, p. 3 ; Ebn Abdine, *op. cit.*, IV, p. 466 ; El Taraboulssi, Moën al-Houkkam, *op. cit.*, p. 53.

anglo-américain n'a pas négligé lui non plus cette question.

On y trouve énumérés d'une façon complète les cas dans lesquels le juge doit prendre un *judicial notice* de certains faits, c'est-à-dire doit considérer les dits faits comme étant suffisamment déterminés par leur simple allégation, par exemple les lois constitutionnelles du pays.

L'étude de la détermination du fait à prouver souève deux questions :

- 1^o Comment ce fait peut-il être déterminé ?
- 2^o Quel est le rôle du juge et des parties dans la détermination du fait à prouver ?
- 3^o Y a-t-il des faits qui n'ont pas besoin d'être prouvés ?

§ 1^{er}. — Comment déterminer le fait à prouver ?

Comme nous l'avons fait remarquer dans notre chapitre 1^{er} (II^e partie), les faits à prouver ne peuvent être l'objet d'une énumération complète. Cependant, dans la pratique, il y a des faits qui se répètent souvent et qui peuvent être l'objet d'une certaine classification. Pour chaque catégorie, on peut arriver à préciser les éléments essentiels d'une détermination. C'est d'ailleurs sur cette base que nous devons nous appuyer pour trouver un développement de la théorie. Ce développement est plus ou moins important dans les diverses législations.

SECTION I. — *Droit romain*

La détermination du fait à prouver joue un rôle très important dans les procès.

Dans l'ancien droit romain, le fait à prouver est pour ainsi dire matérialisé. Dans l'action en revendication, chacun des plaideurs saisit la chose litigieuse et pose à son tour sa baguette (*festuca*) sur cette chose, puis sur son adversaire en affirmant son droit de propriété (1).

Pour les choses qu'il était impossible ou difficile de transporter ou d'amener en justice, comme un immeuble ou un troupeau, on se contentait de porter devant le magistrat un objet représentatif, une motte de terre ou un mouton (2).

Sous la procédure formulaire, la détermination de l'objet du litige s'opérait dans *l'intentio* de la formule et dans quelques cas elle était complétée dans la *demonstratio* (3).

SECTION II. — *Droit français*

Dans l'ancien droit français, sur la manière dont devait être déterminé le fait à prouver, nous renvoyons le lecteur à ce que nous avons dit *supra* des

1. Gaius, IV, 16.

2. Cuq, *op. cit.*, p. 291.

3. Cuq, *op. cit.*, p. 855.

prescriptions relatives à la rédaction de l'intendit et des articles précédant l'enquête (Guilheirmoze, *op. cit.*, p. 9 et s.).

Dans l'ordonnance de 1667, nous trouvons quelques précisions que nous croyons intéressant de rapporter parce qu'elles sont les antécédents directs de celles qui figurent dans les codes français contemporains.

Titre II. — *Des ajournements*. — Article premier : Les ajournements et citations en toutes matières et en toutes juridictions seront libellés, contiendront les conclusions et sommairement les moyens de la demande, à peine de nullité des exploits, etc...

L'assignation doit être libellée, dit Rodier, dans son commentaire *op. cit.*, page 14, c'est-à-dire qu'elle doit contenir, d'un côté, les conclusions que l'assignant ou demandeur veut prendre contre l'assigné ou défendeur : *quid petatur...* et d'autre part, l'assignation doit contenir au moins sommairement, les moyens de la demande, c'est-à-dire en quelle qualité, à quel titre et sur quel fondement on demande *causam petendi*, et cela par les mêmes raisons.

Les articles 3 et 4, du titre IX (des exceptions dilatoires et de l'abrogation des vues et montrées) contiennent des prescriptions spéciales à certains cas qui complètent l'article 1 du titre II ci-dessus cité :

Art. 3. — « Ceux qui feront demande de censives par action, ou de la propriété de quelque héritage, rente foncière, charge réelle ou hypothécaire, seront tenus à peine de nullité, de déclarer par le premier exploit, le bourg, village ou hameau, le terroir ou

la contrée, où l'héritage est situé, sa consistance, ses nouveaux tenants ou aboutissants, du côté du septentrion, midi, orient et occident, sa nature au temps de l'exploit, si c'est terre labourable preds, bois, vignes ou d'autre qualité, en sorte que le défendeur ne puisse ignorer pour quel héritage il est assigné.

Art. 4. — « S'il est question du corps d'une terre ou métairie, il suffira d'en désigner le nom et la situation, et si c'est une maison, les tenants et aboutissants seront désignés en la même manière. »

Rodier, *op. cit.*, page 102, donne un long et intéressant commentaire de la « nouvelle façon d'indiquer l'héritage contentieux ». « Nouvelle », parce que, notons-le en passant, l'ordonnance de 1667 avait abrogé l'ancienne exception de vue et de montrée, par laquelle le défendeur demandait à être mis en présence du fonds litigieux, à ce qu'on lui désigne, comme on dit, « au doigt et à l'œil » (Rodier, *op. cit.*, p. 101) les possessions revendiquées.

Le législateur français dans le Code de procédure ne s'est occupé que de la détermination des immeubles lorsqu'ils font l'objet d'un procès, article 64. « Les exploits énonceront la nature de l'héritage, la commune, et, autant qu'il est possible, la partie de la commune où il est situé, et deux au moins des tenants et aboutissants.

S'il s'agit d'un domaine, corps de ferme ou métairie, il suffira d'en désigner le nom et la situation ». Cet article est la reproduction des articles ci-dessus cités, de l'ordonnance de 1667.

La doctrine et la jurisprudence décident que cette disposition ne doit pas être appliquée avec trop de rigueur. Il suffirait que l'immeuble litigieux soit désigné assez clairement pour que l'autre partie ne puisse pas s'y tromper et pour que le jugement soit à même d'être exécuté (1).

En dehors de ce cas on exige une détermination suffisante sans en préciser les éléments.

En définitive, la question est considérée comme une question de fait laissée à l'appréciation du juge dans chaque espèce (2).

SECTION III. — *Droit égyptien (statut réel)*

Le législateur s'est contenté d'exiger dans l'article 35 du Code de procédure indigène et dans l'article 36 du Code de procédure mixte, que les parties doivent préciser l'objet sur lequel porte le litige. L'article 64 du Code de procédure français n'y a pas été reproduit.

En doctrine (3) et en jurisprudence on considère comme en France que c'est là une question de fait laissée à l'appréciation du tribunal.

1. Garsonnet, *op. cit.*, t. II, p. 419, § 653 et les auteurs et arrêts cités dans les notes 4 et 5.

2. Voyez comme exemple de détermination suffisante, Besançon, 26 avril 1806 (D. A. v^o Contrat de mariage, n^o 1731; Requête, 13 février 1834 (D. A. v^o Propriété, n^o 68); Cass., 11 novembre 1846 (D. P. 46.1.349). Comme exemple de désignation insuffisante, Orléans, 5 juillet 1872 (D. P. 73.2.12).

3. Abdel Hamid Abouheif Bey, *op. cit.*, p. 520, n^o 714.

La jurisprudence égyptienne, suivant de près la jurisprudence française, exige une indication suffisante. A plusieurs reprises les tribunaux ont rejeté des demandes insuffisamment déterminées (1).

SECTION IV. — *Droit musulman*

Dès l'époque classique, les docteurs musulmans ont fait une synthèse presque complète sur ce point. Ils ont posé le principe de la nécessité de déterminer le fait à prouver et en ont donné la justification rapportée *supra* p. 312.

« Sans cette détermination, disent-ils, la preuve ne peut mener à une conclusion et la sentence ne peut recevoir aucune exécution. »

Pour procéder à la détermination du fait à prouver, ils indiquent deux moyens : le premier qui consiste à montrer la chose du doigt, le second qui consiste à la dénommer (2).

On recourt à l'un ou à l'autre moyen, selon que la chose litigieuse est un meuble ou un immeuble. Parmi les meubles, ils distinguent ceux qui sont présents au tribunal et ceux qui ne le sont pas.

Pour les immeubles, la détermination se fait en indiquant la situation précise (région, commune, etc., etc...).

1. Cour d'appel indigène, 13 novembre 1916 ; Charaï, IV, p. 99, n° 26 ; Damanhour, 6 septembre 1893 ; Houkoul, IX, p. 207 ; Desouk, 3 juillet, 1901 ; Houkoul, XXVI, p. 185 ; Dechna, 17 novembre 1902 ; Houkoul, XVIII, p. 149.

2. Al Kaseani, Badayeh Al Sanayeh, *op. cit.*, t. VI, p. 221.

Il suffit de décrire trois limites seulement, d'après la majorité des auteurs. On n'exige pas le transport du tribunal sur les lieux, à cause de la gêne et de la perte de temps qui en résulterait.

Les meubles, corporels, en principe, doivent être apportés au tribunal et la détermination se fait en les montrant du doigt. Dans le cas où le transport du meuble est difficile, le juge peut ou bien se déplacer, ou bien envoyer un délégué. Si la chose a péri ; il faut en déterminer la valeur. Pour les choses *in genere*, il faut indiquer le genre, la quantité et la qualité.

S'il s'agit d'une dette d'argent, il faut en préciser le montant et dire en quelle monnaie elle était payable.

Exceptionnellement, quand il s'agit de l'usurpation d'un meuble, aucune détermination n'est exigée. (1).

1. On discute sur la manière de justifier cette exception ; certains l'expliquent en disant qu'il peut arriver qu'on ne connaisse pas la valeur de sa chose. Si l'on oblige l'usurpé à déterminer la valeur de sa chose et qu'il lui soit impossible de le faire, il perdra son droit. Ebn El Houmam écarte cette explication. Si on l'accepte, dit-il, en substance, on est amené à admettre que toutes les demandes restent indéterminées. Il peut très bien arriver qu'une personne soit excusable d'ignorer la valeur de sa chose même quand il l'a en sa possession. Ainsi un héritier peut ignorer le montant d'une créance due à la succession par le défendeur. Or, dans ce cas personne n'admet la validité de la demande si elle n'est pas suffisamment déterminée. Ebn El Houmam propose donc une autre explication : c'est l'absence forcée de la chose qui, tout en empêchant le demandeur de l'évaluer, l'autorise à

De même on admet l'indétermination en cas de testament, car le légataire peut ignorer ce que le testateur lui a légué.

Les Moukalladine ont repris et développé cette synthèse (1).

Ils ont découvert de nouvelles exceptions au principe de la nécessité de la détermination :

- 1° En matière de gage ;
- 2° En matière de reliquat de compte ;
- 3° En cas de remise de dette ;
- 4° En cas d'admission (2).

De cet exposé on doit conclure que les diverses législations, si elles posent bien le principe de l'obligation de déterminer le fait à prouver, négligent cependant d'indiquer les moyens d'y parvenir. Le Code français ne s'occupe que des immeubles ; le Code Egyptien ne cite pas même ce cas. Seule la doctrine islamique donne à la question un développement assez important.

Les docteurs musulmans eux-mêmes n'ont envisagé la question que d'un seul côté. Nous voulons dire : Ils ont construit la théorie pour l'objet de la demande seulement. Par exemple : Telle maison, tel cheval ou telle somme d'argent, qui est revendiquée ou réclamée dans le procès. Mais le fait à prouver, ne se rapporte pas seulement à une chose corpo-

formuler une demande indéterminée. Ebn El Houman Fath El Kadir, t. VI, p. 137.

1. El Fatawa Al Hindiyah, IV, p. 4 et s.

2. El Taraboulssi, *op. cit.*, 53 ; Ebn Abdin, IV, p. 466.

relle ou incorporelle, objet du procès ; souvent il se rapporte aussi à un acte ou à un événement. Ils ont négligé ce dernier élément.

Comment déterminer cet événement ou cet acte. Nous croyons qu'en pratique pour arriver à cette détermination on doit recourir à trois facteurs :

1° Le temps ;

2° Le lieu ;

3° Le « processus ».

Par exemple, dans une action « *depositi directa* » le demandeur aura à déterminer :

1° La chose déposée, si c'est une montre par exemple, sa matière, son titre, sa marque de fabrique, etc., etc... ;

2° Le fait du dépôt lui-même, c'est-à-dire, la remise de la montre au dépositaire, à telle date, dans tel lieu en présence de telle ou telle personne, etc.

§ : 2. — Rôle du juge et des parties dans la détermination du fait à prouver

Droit romain. — En droit romain, dans la procédure des actions de la loi, le rôle du magistrat consiste à présider à l'accomplissement des solennités requises pour fixer les prétentions respectives des parties. Son rôle comme le dit M. le professeur Girard, est sinon purement passif, du moins, à peu près mécanique (1). Dans la phase *in judicio* ce

1. P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 5^e édit., p. 978. Paris, 1911.

sont les parties qui déterminent leurs prétentions respectives et développent successivement les moyens invoqués à l'appui (1). C'est donc aux parties à déterminer le fait à prouver.

Sous la procédure formulaire, devant le magistrat, les parties manifestent leurs prétentions. Mais ce sont des explications qui sont données en termes quelconques, soit par les parties soit par leurs représentants (2).

Dans *l'intentio* de la formule, le magistrat se chargea d'indiquer lui-même au juge les faits soumis à son examen (3).

Le juge doit se conformer strictement aux termes de la formule. Les parties ne peuvent pas invoquer devant lui des faits étrangers à la formule (4).

Nous voyons donc qu'un grand changement a été introduit dans la procédure formulaire. Ce ne sont plus les parties qui fixent et déterminent les faits à prouver. C'est le magistrat.

Sous la procédure extraordinaire, le demandeur adresse au magistrat une requête dans laquelle il fait connaître d'une manière précise sa prétention. Un libellé de ces prétentions est remis au défendeur, lequel peut répondre par une protestation écrite, dans laquelle il détermine et précise sa défense.

1. E. Cuq, *Manuel des institutions juridiques des romains*. Paris, 1917, p. 848.

2. P.-F. Girard, *op. cit.*, p. 1003.

3. E. Cuq, *op. cit.*, p. 849 et 855.

4. E. Cuq, *op. cit.*, p. 881.

Ce sont les parties qui déterminent, comme nous le voyons, les faits à prouver.

Cependant aucune règle n'a été imposée au juge pour l'instruction de l'affaire (1).

En droit français, Bonnier formule la règle de la façon suivante :

« C'est aux parties qu'appartient la tâche d'établir la vérité de leurs prétentions respectives, le juge civil n'a point à chercher d'office s'il existe un droit de créance ou un droit de propriété en faveur du demandeur, ou bien si ce droit en le supposant établi, a été détruit par tel ou tel mode d'extinction. Il doit appliquer dans toute leur rigueur les règles posées sur le fardeau de la preuve » (2).

Le juge est donc tenu de statuer dans la cause en l'état dans lequel les parties la lui soumettent. Il n'a pas le pouvoir d'apporter une précision ou de produire un document à l'appui de l'une ou l'autre des prétentions en présence.

Pour expliquer cette neutralité, imposée au juge qui lui enlève pour ainsi dire toute initiative, dans cet ordre d'idées, on dit que c'est là une conséquence de la règle fondamentale en vertu de laquelle

1. E. Cuq, *op. cit.*, p. 894.

2. Bonnier, *op. cit.*, n° 97, p. 79. L'éminent auteur se livre à une comparaison sur ce point entre la procédure civile et la procédure criminelle. Dans cette dernière, le juge d'instruction instruit pour et contre l'inculpé. Le président de la Cour d'assises est investi d'un pouvoir discrétionnaire en vertu duquel il peut prendre sur lui tout ce qu'il croit utile pour découvrir la vérité (Code d'instruction, art. 268).

le fait à prouver doit être déterminé en présence de la partie adverse pour que cette dernière puisse la discuter.

M. le professeur E. Martin donne une autre justification : « La prétention de chacune des parties est étroitement liée aux éléments de preuve sur lesquels cette partie a entendu l'appuyer : Ce sont ces éléments de preuve qui donnent à cette prétention son caractère, sa mesure et ses limites. Il résulte de là que si l'on permettait au juge d'introduire de sa propre autorité, dans le débat, des éléments de preuve qui y seraient jusque-là restés étrangers, il pourrait arriver (puisque ces éléments de preuve seraient, par là même, devenus communs aux parties), que la prétention de celle des parties à laquelle ces éléments de preuve nouveaux seraient opposés, en fût par elle modifiée et transformée, au détriment de l'autre : l'étendue et peut-être l'objet du débat se trouveraient changés en conséquence de l'intervention personnelle du juge, et rien ne serait plus contraire à la nature de sa mission... » « Il y a là, ajoute-t-il quelque chose qui touche à la définition même du pouvoir de juger des litiges d'intérêt privé, et c'est donc une règle faite aussi bien pour le juge consulaire que pour le juge civil, pour l'arbitre que pour le juge : seul peut-être l'amiable compositeur, qui juge en équité, y échapperait (1). »

Les partisans de cette règle vont jusqu'à dire que

1. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. XII, § 749, note 8 *ter*, p. 75.

le juge y contrevient, alors même que le terrain du débat ne serait point modifié (1).

On peut se demander quelle est la sanction de la règle qui interdit au juge de s'immiscer dans la détermination du fait à prouver.

Dans la plupart des pourvois en cassation, la Cour suprême considère l'intervention du juge pour apporter des éléments de preuve, comme un excès de pouvoir (2).

L'application rigoureuse de cette règle qui condamne le juge à l'inertie dans un rôle où toute son activité doit agir, reçoit *des atténuations* qu'il est souhaitable comme nous l'établirons dans notre conclusion de développer.

D'après la jurisprudence de la Cour de cassation, il suffit au juge, pour échapper de ce chef à la cassation, d'éviter d'indiquer dans les motifs de sa décision, la nature et la provenance des pièces, documents ou faits nouveaux qu'il peut avoir lui-même introduits dans le débat (3).

1. E. Bartin sur Aubry et Rau, *op. cit.*, t. XII, § 749, p. 76.

2. M. le Professeur E. Bartin croit que la cassation dans ce cas peut être obtenue plus simplement par application des règles relatives à l'obligation de motiver le jugement. Sur Aubry et Rau, *op. cit.*, t. XII, § 749, note 8 *ter* et 8 *quater*, p. 75.

3. Civ. rej., 12 mai 1886. S. 86.1.408 ; Req., 8 janvier 1890. S. 90.1.409 ; Req., 15 nov. 1887. S. 90.1.471 ; Req., 6 juillet 1891. S. 95.1.403.

Les partisans de l'application rigoureuse de la règle critiquent cette tendance. M. Bartin croit que de cette façon la règle ne reçoit pas sa sanction. « La sanction de la loi,

La Cour suprême admet également un autre tempérament à la règle pour le cas où les parties consentent à discuter les faits établis en dehors d'elles.

Les adversaires de la tendance jurisprudentielle considèrent que ce dernier tempérament ne se concilie guère avec l'idée que le juge, qui contrevient au principe de l'abstention qui lui est imposé dans la détermination du fait à prouver, commet un excès de pouvoirs. En effet, disent-ils, l'excès de pouvoir ne peut être effacé par la renonciation des parties à s'en prévaloir.

M. Bartin qui semble bien défendre la règle de neutralité se montre conciliant sur ce point. Pour

disent-ils, ne fonctionne donc qu'autant que l'intervention du juge dans la recherche et la constitution des preuves résulte, sinon expressément, du moins implicitement et clairement, des motifs qu'il donne lui-même à sa décision. » M. Bartin attribue cette défaillance dans l'application de la loi à la conception étroite que la jurisprudence s'est faite de l'obligation pour le juge de motiver ses jugements. Pour développer sa théorie, il rappelle le fait que la Cour de cassation ne frappe que les arrêts non motivés ou dont les motifs, contradictoires entre eux, découvrent et ruinent le dispositif. Il suffit pour la Cour de cassation que le juge d'appel adopte les motifs des premiers juges (Cass., 25 juillet, 1864. Sir. 64.1.452) sous la seule condition que ces motifs correspondent encore exactement aux conclusions des parties en appel (Cass., 25 mai 1898. S. 00.1.118). M. Bartin conclut comme suit :

« Il suit de là qu'une différence profonde sépare le contrôle du dispositif du contrôle de l'obligation de motiver. Le contrôle du dispositif est un contrôle de fond, pénétrant sur le point de droit jusqu'à la pensée même du juge, qui a rendu la décision attaquée. Le contrôle de l'obligation de motiver

éviter l'argument invoqué contre la jurisprudence, il préfère expliquer la règle de neutralité imposée au juge en matière de recherche des preuves par l'idée qu'elle « tient à la liaison de la constitution de la preuve et de la détermination des prétentions respectives des parties, celle-ci risquant toujours d'être modifiée en conséquence de celle-là : il suit de là non seulement que le juge n'ayant pas qualité pour modifier les prétentions des parties n'a pas qualité non plus pour coopérer à la recherche des preuves, mais encore en sens inverse, que les parties, maîtresses de leurs prétentions et pouvant les modifier, dans notre système de procédure, jusqu'à la clôture des débats, sont, par là-même, pleinement libres de renoncer à critiquer l'irrégularité qui entache la production des preuves et notamment l'intrusion du juge dans la recherche des preuves. (1) »

En un mot, la règle ne serait pas d'ordre public.

Ces deux tempéraments admis par la Cour suprême ne sont pas les seules atténuations à la règle qui impose au juge la neutralité dans la déter-

le dispositif — Je ne puis dire dit-il, le contrôle des motifs — m'apparaît au contraire comme un contrôle de pur forme : il s'agit d'imposer au juge l'obligation de formuler, de traduire en mots, les raisons bonnes ou mauvaises qui lui ont paru suffisantes pour décider comme il l'a fait. Et c'est ainsi que la sanction de l'obligation qui pèse sur lui de rester neutre dans la recherche et la constitution des preuves se réduit au point où la jurisprudence l'a ramené. » *Bartin sur Aubry et Rau, op. cit., t. XII, § 749, note 8 quater.*

1. *Bartin, loc. cit., § sexies.*

mination du fait à prouver. La loi elle-même admet formellement la coopération du juge avec les parties. C'est d'abord l'article 254 qui stipule que « le tribunal pourra aussi ordonner d'office la preuve des faits qui lui paraîtront concluants si la loi ne le défend pas ».

Nous n'avons pas à faire ici un commentaire complet de cette disposition. Il nous suffit de faire remarquer que la doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour donner au juge un pouvoir discrétionnaire (1).

En vertu de l'article 15 du Code de commerce le juge saisi d'une contestation dans laquelle un commerçant figure comme demandeur ou comme défendeur, est autorisé à ordonner, même d'office, la représentation par voie de dépôt au greffe, des livres de ce commerçant, à l'effet d'en extraire ce qui concerne le différend.

La jurisprudence interprète cet article d'une façon large en laissant aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire (2).

Le droit égyptien (statut réel). — La règle qui impose au juge la neutralité dans la détermination du fait à prouver est également à la base de la législation égyptienne.

1. Périn, Rapport au corps législatif dans Loaré, t. XXI, p. 616; Cass. Civ., 20 avril 1868. D. P. 68.1.163; Garsonnet, *op. cit.*, t. III, § 834, p. 34.

2. Cass., 10 août 1875. S. 76.1.121; Cass., 26 mai 1878. Sir. 79.1.64.; Cass., 16 mars 1892. Sir. 92.1.192; Cass., 23 novembre 1903. Sir. 06.1.8; Demolombe, XXIX, 600; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. XII, § 757, note 13, p. 262.

La Cour d'appel mixte d'Alexandrie en a fait une application dans son arrêt du 24 mai 1911 *B. L. J.*, XXIII, p. 340.

« Les tribunaux n'ont pas pour mission d'indiquer aux parties l'étendue de leurs droits de manière à en réglementer d'avance l'exercice ; leur rôle se borne à se prononcer sur le conflit d'intérêts à la suite de l'exercice des droits puisés dans un contrat, quasi contrat, délit ou quasi délit. Les contestations relatives à la nature ou à la durée d'un contrat ne peuvent être utilement déférées que pour autant qu'elles sont nées à la suite de l'exécution que les intéressés ont cru devoir lui donner. Par suite, est irrecevable une demande tendant, en l'absence de toute stipulation de durée, à faire fixer par le juge un délai à l'expiration duquel l'engagement pris par un des contractants de donner son travail de pressage de coton à une société de pressage prendra fin (1). »

Pour ce qui est des tempéraments apportés à cette règle en droit égyptien (statut réel) on oublie souvent une différence très marquée entre le Code de procédure mixte et le Code de procédure indigène.

Le premier de ces deux codes jusqu'en 1913 ne contenait aucun article correspondant à l'article 254 du Code de procédure civile français.

La loi n° 33 de 1913 a introduit un nouvel article 169, ainsi conçu :

1. Voir dans le même sens l'arrêt du 2 mars 1882 rapporté par Borelli Bey, *op. cit.*, sous art. 169, C. de procéd. civ. et com. mixte.

« Le tribunal qui ordonne une mesure d'instruction notamment une expertise ou une enquête, fixera un délai dans lequel elle devra être terminée. »

Les tribunaux mixtes se sont empressés d'user du droit que le nouvel article 169 leur accorde.

Dans son arrêt du 29 mai 1913, *B. L. J.*, XXV, p. 414, la Cour d'appel mixte d'Alexandrie décide que « les juges peuvent ordonner d'office une preuve par témoins dans les cas où cette preuve est admise par la loi et notamment établir l'existence de la possession alléguée par une partie ».

Dans un autre arrêt, rendu le 9 juin 1913, *B. L. J.*, XXV, 430 la Cour d'appel mixte a décidé que « la Cour peut d'office ordonner un supplément d'enquête, notamment, lorsqu'une partie, par suite de circonstances indépendantes de sa volonté n'a pas été représentée à l'enquête et n'a pas fait procéder à la contre-enquête ».

En arrivant à l'étude de notre question dans le Code de procédure indigène un nouvel horizon s'ouvre devant le comparatiste.

L'article 152 venant en tête de la section II, chapitre VII, titre I, relatif à la procédure en matière des preuves pose le principe général suivant :

« Le tribunal, au cas où il reconnaîtrait que l'affaire n'est pas en état d'être jugée, peut ordonner ou autoriser les moyens de preuve dont il est parlé aux paragraphes suivants. »

Or, ces moyens sont : 1° l'interrogatoire des parties ; 2° le serment ; 3° l'enquête ; 4° l'expertise ; 5° la visite des lieux ; 6° la vérification d'écriture.

En ce qui concerne le pouvoir du juge admis par l'article 15 du Code de commerce français, il en est de même en droit égyptien, article 18 du Code de commerce indigène et article 19 du Code de commerce mixte : « dans le cours d'une contestation, la représentation des livres peut être ordonnée d'office par le tribunal, à l'effet d'en extraire ce qui concerne le différend (1) ».

Le droit musulman. — A l'époque classique c'est aux parties qu'incombe la détermination du fait à prouver. Le principe de la non-intervention du juge est nettement posé ; les docteurs musulmans invoquent à son appui la nécessité de l'impartialité la plus stricte de la part du magistrat (2).

Toutefois dès cette époque on essaie de tempérer la rigueur de ce principe. C'est l'œuvre commune de la doctrine et de la jurisprudence ; on reconnaît au juge, quand il lui est présentée une demande irrégulière, par exemple, un fait indéterminé, le droit, au lieu de la rejeter tout simplement, d'inviter le demandeur à mettre sa demande en bonne forme (3).

A l'époque des Moukalledine (4) ce tempérament semble s'affirmer de plus en plus jusqu'à sa consé-

1. De Hults, *op. cit.*, t. III, p. 434.

2. Ebn El Houmam dans son livre *Fath El Kadir*, t. V, p. 469 ; El Kassany dans son livre *Badayeh El Sanayeh*, t. VII, p. 10. Pour l'époque de Moukalledine : Ebn Abdin, t. IV, p. 347 ; El Tarabulsi dans son livre *Moien El Hokkam*, p. 20.

3. Ali Korraah, *op. cit.*, p. 322.

4. El Taraboulsi, *op. cit.*, p. 22 et 55.

eration législative à l'époque de la codification. L'article 96 du règlement d'organisation des tribunaux *Chareï* est ainsi conçu : « Au cas où le demandeur omet un point qu'il doit énoncer, le juge qui l'interroge sur ce point, n'est pas censé intervenir en sa faveur, à moins qu'il ne lui révèle ainsi un fait nouveau. »

Droit allemand. — C'est le droit allemand qui se rapproche le plus du droit musulman sur ce point. Le Code de procédure civile pour l'empire d'Allemagne du 30 janvier 1877 donne au juge un pouvoir assez étendu dans la direction des débats judiciaires.

Il ne faut donc pas s'étonner que le principe de la neutralité du juge soit dans ce pays compris d'une façon très large. Sans doute le devoir d'impartialité est toujours aussi rigoureux que partout ailleurs, mais on n'en garantit pas l'observation par une interdiction aussi sévère de non-immixtion.

Le Code de procédure civile s'est inspiré d'un système de procédure consacré en Allemagne avant la codification, dans la législation hanovrienne. Dans ce système la discussion orale tient la plus grande place. Le juge ne connaît l'affaire que par la plaidoirie (1).

Le titre I de la section III du Code de 1877 est intitulé « du débat oral ». Cette partie peut être considérée comme la plus importante de toute la loi, en ce qu'elle formule les principes généraux et

1. Glasson, Lederlin et Dareste, *op. cit.*, Introduction, p. XLV.

caractéristiques du système de procédure adopté par le nouveau code.

Conformément à ce qui avait été établi par le Code hanovrien de 1850, le nouveau code décide que le débat est oral (1).

Or ce débat oral c'est le président qui l'ouvre et le dirige (Art. 127, Glasson Lederlin, p. 57). Ce dernier « doit veiller à ce que l'affaire soit complètement élucidée et le débat poursuivi sans interruption jusqu'à son terme ».

Il clôt le débat lorsque le tribunal estime que l'affaire est complètement élucidée.

Le juge toutefois ne peut tenir compte que des faits et énonciations des parties, lesquelles dans le débat oral doivent limiter la discussion seulement à ce qui fut rédigé et communiqué.

C'est pourquoi d'une part :

« Art. 130. — Le président doit s'efforcer d'obtenir, par des questions, que les conclusions obscures soient éclaircies, que les allégations de faits soient complétées et les moyens de preuve indiqués; il peut, en général, provoquer toutes les explications nécessaires pour la détermination de l'objet du litige.

D'autre part :

Art. 131. — Si une personne intéressée au débat soutient qu'une mesure prescrite par le président pour la direction du débat ou une question posée par le président ou par un membre du tribunal

1. Glasson-Lederlin, *op. cit.*, p. 53, note 1.

n'est pas admissible; il est statué à cet égard par le tribunal. »

Par conséquent le tribunal a un large pouvoir d'immixtion mais ce pouvoir s'arrête exactement au point où il tendrait à faire sortir l'affaire des limites dans lesquelles les parties l'ont engagée.

Droit anglo-américain (1). — Powell, dans son ouvrage *Law of evidence* commence son aperçu sur la procédure anglaise comme suit : *The procedure of our courts affords material assistance to a party in preparing his case as soon as legal procedure are started* (2). (La procédure donne une assistance importante à la partie dans la préparation de sa prétention aussitôt la procédure légale commencée.)

Voici en quoi consiste cette assistance.

La procédure anglo-américaine commence par un *writ, summons ou plaint*. Dans cet acte judiciaire la partie détermine son allégation. Les faits doivent y être exposés (3). Le défendeur devant la *High Court of justice* (Haute cour de justice) doit en principe faire connaître sa défense. Par ce moyen dit Powell, le point controversé apparaît (4). En cas de difficulté ou d'obscurité, la Cour prête son concours à

1. Franqueville, *le Système judiciaire de la Grande-Bretagne*, 2 vol. Paris, 1898.

2. Powells, *Principles and practice on the law of evidence*, p. 18.

3. Ahmad Safwat, *Organisation judiciaire de l'Angleterre*, en arabe. Le Caire, 1923, p. 195.

4. Powell, *op. cit.*, p. 24.

l'une des parties pour l'aider à obtenir de son adversaire des informations utiles. Ainsi la Cour peut permettre à l'une des parties d'interroger par écrit l'autre partie qui est alors forcée de répondre.

L'une des parties peut être autorisée à visiter ou à inspecter la chose qui est en la possession de l'autre partie, si elle est l'objet même du litige. Dans certains cas un tiers peut être contraint par la Cour à produire certains documents (1).

Après cela l'affaire est soumise à un juge ou à un juge assisté d'un jury (2).

L'avocat du demandeur fait alors un exposé chronologique des faits. Il appelle ensuite des témoins qui sont *cross examined* par l'adversaire. L'avocat du demandeur *sums up* (se résume). L'adversaire produit ses témoins, s'il en a ; ces derniers sont à leur tour *cross examined* par le demandeur. Au cours des dépositions des témoins des difficultés peuvent surgir au sujet de l'admissibilité du fait. Ces questions sont immédiatement résolues par le juge.

Si le juge est seul il prononce sa sentence. S'il y a un jury, le rôle du juge est encore très important. Il doit faire un exposé sommaire de l'affaire *he sums up the case* (3). C'est le juge qui pour ainsi dire déter-

1. Cependant il y a *the Bankers Books evidence act*, 1879.

2. Dans la plupart des cas une partie peut obtenir un jury sauf *in the Chancery Division of the High Court*, *Powell, op. cit.*, p. 25.

3. Pour le rôle du juge et du jury, voir *Halsbury, op. cit.*,

mine les faits qui seront soumis au jury. Son rôle se rapproche beaucoup de celui du magistrat dans la procédure formulaire romaine.

CONCLUSION

Ainsi, de cette revue des législations de divers pays et d'un même pays à diverses époques, il résulte que le rôle du juge varie, allant d'une liberté très grande à l'effacement presque complet. Mais ce qui est surtout à noter c'est que si on peut distinguer ainsi plusieurs systèmes, on ne peut pas dire que tel ou tel système soit propre à tel ou tel pays, de sorte que ce pays ne puisse facilement passer d'un système à un autre. La preuve en est que la même législation a connu à des époques différentes les systèmes opposés ; par exemple le Droit romain (époque des actions de la loi, et période de la procédure formulaire) ; certaines législations, tel le droit égyptien a même vécu simultanément les deux systèmes contraires (procédure indigène, procédure mixte).

En présence d'une telle constatation il est permis de formuler une préférence, d'indiquer une synthèse directive. Certes, c'est essentiellement aux parties à déterminer la base même du litige, qui est le fait à prouver, mais le juge doit avoir une grande latitude dans le pouvoir de collaborer avec

XIII, p. 428 et s. ; Powell, *op. cit.*, p. 597 et s. ; Wigmore, *cp. cit.*, t. IV, § 2549 et s.

les parties dans cette opération. Nous nous rallions donc à l'opinion de Bonnier (*op. cit.*, p. 81). « Observons en terminant que les formes de notre procédure civile, beaucoup plus techniques que celles de la procédure criminelle réagissent sur l'administration de la preuve qui revêt un caractère plus artificiel en matière civile, plus simple et plus vrai en matière pénale. Mais cette dernière différence, plus sensible dans notre droit que partout ailleurs *ne tient point à la nature des choses et une bonne législation devrait tendre à l'atténuer sinon à le faire disparaître.* »

Cependant on peut faire cette objection que les limites que le tribunal ne doit pas dépasser, sont, dès qu'on lui accorde la liberté, difficilement saisissables. Mais si on s'arrête à cette objection, on retombe dans le défaut qui consiste à donner au juge un rôle purement mécanique et passif. Son rôle, à notre avis, est beaucoup plus élevé ; on doit lui permettre de mettre toute son activité au service de la justice et de la vérité.

§ 3. — Les faits qui n'ont pas besoin d'être déterminés

Tout fait pertinent et admissible doit être déterminé.

N'y a-t-il pas cependant certaines catégories de faits auxquels cette dernière condition ne s'applique pas,

La doctrine anglo-américaine a consacré à ces exceptions d'importants développements, qu'elle range sous l'expression générique de *judicial notice* (1).

Nous ne pouvons pas reproduire ici l'énumération de ces exceptions donnée par les auteurs anglo-américains parce que certaines d'entre elles sont discutées dans les autres législations.

Notre étude se divisera donc en deux parties :

Nous citerons d'abord les catégories de faits que tout le monde exempté de la détermination, parce qu'ils sont déterminés par d'autres circonstances.

Ensuite nous passerons en revue les cas controversés.

1^o CAS ADMIS PAR TOUTES LES LÉGISLATIONS

A) *En matière constitutionnelle, politique et administrative.* — Les tribunaux sont censés connaître la forme du gouvernement de l'Etat, ses hauts fonctionnaires, etc., etc... Ce sont là des matières que les parties sont dispensées de déterminer. Il en est ainsi encore pour les traités, l'existence des États étrangers reconnus par leur gouvernement comme États indépendants.

B) *Divisions territoriales et géographiques.* — Les tribunaux sont censés connaître la situation géo-

1. Voir notamment : Wigmore, *op. cit.*, 2^e édit., ch. XC, livre IV, sect. I, § 2565 ; Phipson, *op. cit.*, 4^e édit., ch. IV, p. 11 et s. ; Mc Kelvey, *On evidence*, 2^e édit., § 12 et s., p. 18 et s.

graphique de leur pays et les territoires des Etats étrangers. Mais cela ne va pas jusqu'à la connaissance des détails, si tel point limitrophe et discuté est ou non dans les territoires de tel Etat.

C) *Les gazettes officielles* sont reconnues par leur seule production. Mais il faut que la gazette soit intégralement présentée. Produire la page où se trouve la loi ne serait pas suffisant.

D) *Le calendrier* : la succession des jours, des mois, des années n'a pas besoin d'être déterminée.

E) Enfin il en est ainsi ; *des lois et la procédure*, de même que les actes publics faits conformément à ces lois.

2° CAS CONTROVERSÉS

A) *Les lois étrangères*. — Il arrive parfois qu'un tribunal soit appelé à statuer sur une affaire dans laquelle il y a lieu d'appliquer une loi étrangère, par exemple un contrat est conclu dans un pays (New-York) et doit recevoir son application dans un autre pays (Paris). Les parties conviennent que c'est la loi égyptienne qui leur sera applicable. Sans entrer dans tous les détails de la question il est généralement admis qu'une pareille stipulation est valable. La question se pose souvent par devant les tribunaux mixtes égyptiens qui doivent appliquer aux parties pour ce qui concerne leur statut personnel leurs lois nationales. L'art. 190 du Code civil mixte égyptien est ainsi conçu : « la capacité relative ou absolue

est réglée par la loi de la nationalité à laquelle appartient la personne qui contracte. » Les cas où la question peut se présenter peuvent se multiplier (1).

Il se peut qu'il y ait entre les parties une contestation sur la teneur d'une loi étrangère dont le juge est appelé à en faire l'application. Est-ce au juge ou est-ce à la partie qui invoque la loi étrangère à la déterminer ?

En France. — La question est controversée.

Pour les uns le juge doit connaître la loi étrangère. La partie qui l'invoque n'a pas besoin de la déterminer. M. Planiol justifie cette solution de la manière suivante : « Dans les temps modernes, les moyens d'information se multiplient et rendent de plus en plus rares les difficultés sur les lois étrangères. *Le juge doit la constater lui-même* comme pour les lois françaises (1). »

Pour d'autres notamment Aubry et Rau, c'est à la partie qui invoque la loi étrangère, établissant une règle contestée par l'autre partie à prouver l'exactitude de son allégation. C'est dans ce sens que se prononce généralement la doctrine (2). La jurispru-

1. F. P. Walton, *The Egyptian Law of Obligations*, t. I, p. 143.

1. Planiol (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, p. 2, 7^e édit. — Despagne, *Précis de droit international privé*, n° 19.

2. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. XII, § 749, p. 70, 5^e édit. ; Baudry-Lacantinerie et Barde, *op. cit.*, t. III, n° 2056 et note ; Demolombe, XIX, n° 85. Westlake, *Rev. de droit international*, XIII (1882), p. 304.

dence française exige d'une façon rigoureuse la détermination de la loi étrangère par la partie (1).

En Egypte la même controverse sur ce point existe dans la doctrine. Le D^r Abdel Hamid Abouheif Bey soutient qu'il est du devoir du juge de connaître la loi étrangère toutes les fois que la loi égyptienne l'édicte, expressément ou tacitement. Le rôle des parties ne peut être qu'accessoire (2).

Le D^r Abdel Salam Zohny se rallie à l'opinion contraire (3).

La jurisprudence est dans ce dernier sens. La Cour d'appel mixte d'Alexandrie a rendu un arrêt de principe sur ce point le 9 juin 1892, *B. L. J.*, IV, 255 : « Une partie ne peut invoquer devant les tribunaux mixtes une loi étrangère qu'à la condition d'en établir l'existence et d'en produire le texte. »

En droit musulman. — Le juge n'applique que la loi musulmane.

En droit allemand. — L'article 265 du Code de procédure est ainsi conçu : « Le droit en vigueur dans un autre Etat, les coutumes et les statuts n'ont besoin d'être prouvés qu'autant qu'ils ne sont pas connus

1. Cass., 26 juin 1882. Sir. 82 I. 346 ; Cass., 16 mai 1888. Sir. 91.1.506 ; Seine, 26 juin 1918 (affaire de la Joconde). Clunet, 18, 1249. Pour la mise en œuvre des procédés de la preuve en pareil cas, Danas, *Connaissance, application et preuve de la loi étrangère*. Clunet, 1901, 209.

2. Abel Hamid Abouheif, *Concise treatise on the private international law*, § 306, p. 169.

3. D^r Abdel Salam Zohny, *les Obligations* (en arabe), t. I, p. 94.

du tribunal. Pour la recherche de ces règles de droit, le tribunal n'est pas limité, aux moyens fournis par les parties, il peut encore puiser à d'autres sources de renseignement et peut ordonner tout ce qui lui paraît nécessaire. »

Le droit anglo-américain. — Lord Halsbury (1) étudie la question en détail. Nous dégagons les points importants de son exposé.

En principe c'est à la partie qui allègue une loi étrangère à la déterminer.

La jurisprudence anglaise applique le principe très nettement. Elle décide qu'une partie qui allègue une loi étrangère ne peut se prévaloir de l'établissement de cette loi dans une autre affaire (2).

Pour déterminer la loi étrangère la jurisprudence anglaise se montre exigeante. La déposition d'un témoin pour la détermination d'une loi étrangère ne peut être prise en considération à moins que le témoin ne possède une connaissance pratique bien solide de la loi étrangère. La connaissance d'une loi étrangère par l'étude n'est pas suffisante. Le témoin doit avoir occupé un poste qui lui a permis de devenir familier avec cette loi (3).

Après cet exposé de diverses législations, il nous

1. Halsbury, *op. cit.*, t. XIII, p. 487 et suiv., n° 676.

2. M. Cornick contre Garnette (1854), 5 De Gex, Macnaghten, and Gordon's Reports, Chancery, 8 volumes, 1851-1857.

3. La jurisprudence anglaise va jusqu'à rejeter le témoignage d'un avoué écossais pour établir la loi de son pays. Il faut dit l'arrêt un avocat: Voir cas Cartwright contre Cartwright (1878) 26 Weekly Reporter, (54 volumes, 1854 à 1906).

semble que MM. Baudry-Lacantinerie et Barde en affirmant (*op. cit.*, t. III, n° 2056, note 3) que la jurisprudence étrangère est de leur avis exagèrent. Nous le verrons dans la conclusion de ce chapitre.

B) *L'usage* (1). — Il se peut qu'une partie invoque à l'appui de sa prétention un usage comme établissant une règle contestée par l'autre partie. Ce qui arrive souvent dans les affaires commerciales.

En France. — La question semble ne pas soulever de difficultés. La doctrine est unanime et la jurisprudence est constante : c'est à la partie qui invoque l'usage à la déterminer et à en prouver l'existence. MM. Aubry et Rau justifient cette solution en faisant ressortir que : « le caractère variable de l'usage ne permet pas de s'en tenir exclusivement pour sa constatation à la notoriété résultant de précédent judiciaire qui pourrait remonter à des époques plus ou moins reculées (2). »

Comment déterminer l'usage est une question qui

1. M. Martin soutient qu'il y a lieu de distinguer l'usage local ou général, de la coutume. Cette dernière comme les règles du droit civil général, n'a pas besoin d'être prouvée. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. XII, § 749, note 3 bis.

2. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. XII, § 749, note 4, p. 72. Dans le même sens Baudry-Lacantinerie et Barde, *op. cit.*, t. III, § 2055 ; Demolombe, *op. cit.*, XXIX, p. 184 et 185 ; Planiol, *op. cit.*, t. II, p. 2 et note. Pour la jurisprudence, Aix, 14 décembre 1891. Sir. 95.2.499 et note de M. Pillet. Bordeaux, 22 février 1844, Sir. 44.2 659.

est laissée à l'appréciation des tribunaux. Il peut être établi par témoins (1).

Les usages commerciaux peuvent être déterminés par des parères ou avis de négociants (2).

En Egypte. — Le droit est le même qu'en France. Pour la détermination de l'usage les tribunaux se réservent un pouvoir souverain d'appréciation (3).

Le droit anglais donne une prépondérance à la coutume de Londres. Si elle est certifiée par le *Recorder*, les tribunaux doivent la considérer comme déterminée et établie, par exemple l'usage d'après lequel une femme mariée exerçant un commerce indépendamment de son mari est considérée comme une « *feme sole* » (4).

A part ce cas c'est le principe général qui s'applique, c'est-à dire la partie qui invoque un usage doit le déterminer.

Le droit allemand. — Nous renvoyons le lecteur à l'article 265 du Code de procédure civile dont nous avons donné le texte en parlant des lois étrangères (*supra*, p. 345) (5).

1. Bourges, 16 novembre 1830. Sir. 32.2.152.

2. Cass., 27 octobre 1886. Sir. 88.1.105.

3. Il nous suffit de citer quelques arrêts récents de la Cour d'appel mixte d'Alexandrie, 15 avril 1909. *B. L. et J.*, XXI, 307 ; 20 janvier 1915, *B. L. et J.*, XXVII, 130 ; 1^{er} février 1916, *B. L. et J.*, XXVIII, 133 ; 13 février 1917, *B. L. et J.*, XXIX, 212 ; 20 avril 1916, *B. L. et J.*, XXVIII, 265.

4. Halsbury, *op. cit.*, t. XIII, p. 486. Voyons le cas de Lavie contre Phillips (1765) 3 Burrow's Reports, King's Bench, (5 volumes, 1756 à 1772) ; Phipson, *op. cit.*, p. 13.

5. MM. Aubry et Rau rapportent une discussion en Alle-

C) *Le fait de notoriété publique.* — Il se peut que la notoriété d'un fait soit requise pour l'application d'une disposition de la loi. La question qui se pose est celle de savoir si un fait notoire doit être prouvé ?

En droit français. — Il y a des textes dans le Code civil français qui stipulent qu'un tel fait notoire entraîne telle ou telle conséquence. Par exemple l'article 443 dispose ainsi : « Sont aussi exclus de la tutelle, et même destituables, s'ils sont en exercice :

1° Les gens d'une *inconduite notoire* ;

2° L'article 503 décide que : « ... Les actes antérieurs à l'interdiction pourront être annulés si la *cause de l'interdiction existait notoirement* à l'époque où ces actes ont été faits. »

3° L'article 1994 dans son deuxième alinéa prévoit un autre cas. Voici les termes de cette disposition : « Le mandataire répond de celui qu'il s'est substitué dans la gestion : 1° Quand il n'a pas reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un ; 2° quand ce pouvoir lui a été conféré sans désignation d'une personne, et que celle dont il a fait choix était *notoirement incapable ou insolvable*,... »

Si une partie se prévaut de l'inconduite notoire ou de l'insolvabilité notoire d'une personne, doit-elle établir ce fait ?

magne sur ce point. Ils croient qu'il n'y a pas lieu de dispenser le juge de l'obtention d'une preuve de l'usage, *op. cit.* t. XII, § 479, note 4, p. 72.

D'après un grand nombre de juristes (Demolombe, Aubry et Rau, Baudry-Lacantinerie, etc., c'est oui (1). La jurisprudence est dans ce sens.

Il a été jugé que, si le tuteur, destitué pour cause d'inconduite notoire, attaquait la délibération du conseil de famille, en niant soit la vérité des faits, soit leur notoriété, le tribunal pourrait ordonner une enquête pour la vérification du point contesté (2).

On a cependant discuté cette opinion en faisant remarquer qu'un fait ne peut être réputé notoire qu'autant qu'il n'a pas besoin d'être prouvé, il ne saurait être fait preuve de la notoriété (3).

Droit égyptien. — D'après l'opinion dominante celui qui allègue un fait notoire à l'appui de sa prétention doit en établir l'existence (4).

Droit allemand. — L'article 264 du Code de procédure civile allemand stipule que : « Les faits notoires pour le tribunal n'ont pas besoin d'être prouvés. » C'est donc le contraire de l'opinion dominante en France et en Egypte.

1. Demolombe, *op. cit.*, t. XXIX, n° 203 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. XII, § 749, note 9, p. 77 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, *op. cit.*, t. III, n° 2056.

2. Bordeaux, 15 pluviôse, an III. Sir. 5.2.52 ; Aix, 24 avril 1809. S. 13.2.200. Cass., 12 mai 1830. Sir. 30.1.326 ; Cpr. Cass., 22 juillet 1873. S. 74.1.127 ; Cass., 13 mars 1876. Sir. 76.1.630.

3. Cpr. Larombière, IV, article 1316, n° 9.

4. Dr Abdel Salam Zohni, *Obligation*, *op. cit.*, t. I, p. 97.

Ce principe semble bien remonter à la procédure féodale allemande. D'après le *Miroir de Saxe* (III, 25 ; 88, § 2) lorsqu'un fait est de notoriété publique pour le juge, celui-ci en est alors, pour ainsi dire, le témoin personnel et aucune autre preuve n'est nécessaire (1).

Le droit anglais. — Il se rapproche beaucoup du droit allemand. La question ne soulève pas de controverse. Phipson pose le principe d'une façon très précise : *The Court will take notice of facts which are notorius* (2). C'est-à-dire les faits notoires n'ont pas besoin d'être prouvés.

La jurisprudence anglaise applique le principe dans des cas nombreux, par exemple le fait que l'Université d'Oxford est une institution nationale fondée pour le développement de la religion et des études (8 Ellis and Blackburn's Reports, Queen's Bench, 497, année 1857). Le fait que les enfants ont une tendance vers les actes nuisibles et un penchant de se mêler avec tout ce qu'ils rencontrent sur leur chemin. (Voir le cas Sullivan contre Creed [1904] 2 Irish Reports 317 ; et le cas de Cook contre Midland Great Western Railway of Ireland [1909] Law Reports, Appeal Cases, House of Lords).

1. Glasson et Lederlin, *Code de procédure civile pour l'Empire d'Allemagne*, op. cit. Introduction, p. xxiv.

2. Phipson, op. cit., p. 16. Halsbury pose le même principe en précisant que le fait doit être notoire pour le juge : « Judicial notice is taken of various facts the universal notoriety or regular recurrence of which in the ordinary course of nature or business has made them familiar to the judge », op. cit., t. XIII, p. 494.

Le fait qu'une carte-postale est *un closed document* qui peut être lu par les employés de la poste et toute autre personne qui peut l'avoir en mains (Voir le cas de Wilkins contre Jadis [1831] 2 Barn-wall and Adolphus' Reports King's Bench 188).

D) *La démonstration des règles du droit applicables au procès.* — Cette question, comme le font remarquer Baudry Lacantinerie et Barde « rentre dans une théorie toute spéciale, soumise à d'autres principes, la théorie de l'interprétation des lois » (1).

Cependant il s'agit de savoir ici si c'est aux juges ou aux parties à déterminer la disposition de la loi qui est applicable au litige.

En droit romain, dans la très ancienne période les pontifes seuls connaissaient la loi. Sous la procédure formulaire, c'est le magistrat qui indique la règle applicable si le fait est établi.

En droit anglais, nous avons vu dans notre exposé sommaire de la procédure, que c'est le juge qui indique au jury le point de droit; et le jury est tenu de s'y conformer (2). C'est là un système qui peut se rapprocher du système formulaire romain.

En Allemagne, à l'époque féodale « en ce qui concerne cette prononciation du jugement, il s'est introduit une procédure nouvelle, fort curieuse et surtout usitée dans la Cour présidée par l'empereur. Ou divise cette procédure en quatre parties : ... c'est poser d'une manière abstraite, sans même indiquer

1. Baudry-Lacantinerie et Barde, *op. cit.*, t. III, n° 2055.

2. Voir *supra*. p. 340.

le nom du défendeur, la question de droit soulevée par le procès, avec invitation au juge de l'examiner; cette question est faite par le demandeur. Le juge président soumet la question à un des membres de son tribunal et qu'il désigne lui-même s'il s'agit d'une Cour de l'empire. Dans les autres juridictions le président soumet la question au *Fronbote*. Le juge interrogé doit, sous peine de déni de justice, *judicare, respondere, sententiam dictare*. C'est ce que l'on appelle *das Urtheil finden*. Il est toutefois permis au juge interrogé de jurer qu'il ne comprend pas le point de droit et on lui reconnaît la faculté de consulter d'autres personnes, de délibérer en secret avec elles. Dès que le juge interrogé a donné son avis, le président demande successivement aux autres personnes qui constituent la Cour leur opinion, par exemple, à la Cour de l'empereur aux autres membres présents, dans les juridictions ordinaires, aux échevins. Si tous les membres de la Cour sont d'accord ou s'il se forme tout au moins une majorité, la sentence est approuvée; c'est ce que l'on appelle *sententiam collaudare, approbare, das Urtheil loben und folgen*. Lorsqu'on ne peut obtenir une majorité, l'affaire est renvoyée à une autre juridiction du même degré.

« La solution arrêtée entre les juges est lue par l'un d'eux et constatée par écrit. Le président doit la confirmer, *das Urtheil bestätigen*. Tant que cette confirmation n'a pas été donnée, on refuse à la solution le nom de jugement. C'est un simple Conseil. D'ailleurs le président, l'empereur lui-même

est obligé d'accorder la confirmation. On ne lui reconnaît pas le droit de la refuser.

« Lorsque le demandeur a obtenu cette décision abstraite sur le point de droit, il en réclame alors l'application à sa prétention (1).

Le Code de Procédure civile allemand de 1887, stipule dans son article 128 que « le débat oral s'ouvre par les conclusions des parties. L'exposé que font les parties est présenté de vive voix ; il embrasse le litige au point de vue du fait et du droit... » Toutefois il y a lieu de rappeler ici ce que nous avons déjà dit au sujet de l'immixtion du juge dans le débat. Les articles 129 et suivants accordent au tribunal un large pouvoir pour provoquer toutes les explications nécessaires pour la détermination de l'objet du litige.

Le droit français. — C'est le juge, en principe, qui détermine la loi applicable au litige.

Voici l'explication de ce principe.

Les règles de droit que le juge doit appliquer au litige lui sont imposées par l'autorité même de la loi qui les renferme, sans qu'il soit nécessaire que les parties appuient expressément leurs prétentions sur elles.

D'autre part, le juge, n'ayant aucune initiative en matière de preuve, œuvre exclusive des plaideurs, et ne pouvant se dérober à l'obligation de statuer, se trouve toujours dans la nécessité de procéder lui-même à la qualification applicable aux faits établis

1. Glasson, Lederlin, *op. cit.* Introduction, xxx et suiv.

devant lui et à la détermination des conséquences juridiques qui s'y rattachent (1).

Le droit égyptien. — Le regretté Ahmad Fathi Pacha Zaghloul (2) croit que la détermination du point de droit aussi bien que celle du point de fait incombe aux parties. Le juge n'a pas d'autre mission que d'apprécier si les faits sont ou non établis et si le point de droit allégué par les parties à l'appui de leurs allégations s'y applique.

L'auteur cite l'exemple d'une revendication immobilière dans laquelle le demandeur invoque la possession de quinze ans (3). Il ne réussit pas à établir cette possession, mais il a possédé pendant cinq ans avec juste titre et bonne foi. Le juge en a acquis la conviction au cours du procès, mais le demandeur omet de l'invoquer. Eh bien ! dit Zaghloul Pacha, le juge doit le débouter.

Tout au plus, pourrait-il réparer une erreur matérielle dans le cas où la partie invoque un moyen de droit mais se trompe dans la citation de l'article intéressant son cas.

En un mot la détermination du point de droit incombe exclusivement à la partie (4).

1. Martin sur Aubry et Rau, *op. cit.*, t. XII, § 749, note 3, p. 66 et s. ; Baudry-Lacantinerie et Barde, *op. cit.*, III, n° 2055.

2. Commentaire du droit civil (égyptien), en langue arabe, p. 386 et s.

3. En droit égyptien le délai pour la prescription est de quinze ans et de cinq ans lorsque le possesseur a juste titre et bonne foi.

4. Comp. Dr Abdel Salam Zohny, *Les Obligations*, t. I, p. 93.

QUELLE SOLUTION DEVONS-NOUS ADOPTER
POUR CES DIVERS CAS CONTROVERSÉS ?

Demander au juge de connaître les lois étrangères, c'est lui imposer une charge qui pourrait le paralyser dans l'accomplissement de sa fonction.

Le caractère variable de l'usage ne permet pas de s'en tenir pour sa constatation aux précédents qui peuvent remonter à des époques éloignées.

Pour ce qui est de la notoriété, comme le font remarquer, MM. Glasson, Lederlin et Dareste sur l'article 264 du Code de procédure civile allemand, il est dangereux de s'en remettre au juge du soin de la relever. « Tout au moins doit-on autoriser la partie adverse à prétendre que la notoriété n'existe pas et à le prouver (1). » Sur ce point nous citons la critique formulée par Bentham dans le passage que voici :

« Ce cas, dit-il, appelle de grandes précautions. Qu'est-ce que la notoriété ? Question difficile à résoudre. Où est la ligne de démarcation entre le fait suffisamment notoire et celui qui ne l'est pas ? Et lors même qu'à l'égard de tel fait la persuasion générale serait suffisamment établie, le serait-elle également par rapport à telle ou telle circonstance importante de ce même fait ? Ce qui est notoire aux yeux de l'un, l'est-il aux yeux de l'autre ? Un fait regardé comme notoire par le demandeur ne pourra-

1. Glasson. Lederlin et Dareste, *op. cit.*, p. 27.

t-il pas paraître douteux au défendeur et même au juge. Le mot notoriété en matière judiciaire est justement suspect. C'est un prétexte dont on s'est trop souvent servi. Quand on n'avait point de preuve ou que la preuve était trop difficile.

Toutefois il y a des cas, où les faits sont tellement notoires que la partie adverse n'oserait pas les nier, sans s'exposer à une imputation de mauvaise foi : pour sauver les frais, les vexations, les délais, on pourrait exiger de la partie une déclaration qu'elle reconnaît ces faits pour vrais, la honte l'empêchera de la refuser, mais la demande de cette déclaration doit être de règle. »

Enfin l'application de la loi doit être évidemment démontrée par les parties. Mais le juge ne doit pas rester absolument passif. Il ne faut pas tomber dans cet excès de formalisme consistant à contraindre le juge à une violation de la vérité et de la justice sous prétexte que l'une des parties ou son conseil ont par ignorance négligé un moyen parfaitement légitime dont le procès avait dévoilé l'existence.

Nous estimons, au contraire, que le juge doit faire appel à ce moyen.

Pour nous, l'idée qui doit dominer la solution de toutes les questions controversées est que dans tout procès, le juge, les parties, leurs conseils ont tous un même rôle et recherchent le même but. D'ailleurs tous le proclament bien haut chaque jour à l'audience. Ils sont tous des collaborateurs pour la découverte de la vérité, en vue d'assurer une bonne distribution de la justice.

CONCLUSION

Nous n'entendons pas rappeler au lecteur et rassembler ici les résultats auxquels nous a conduit l'étude de chacune des questions examinées dans le cours de ce travail. Ces résultats ont été consignés à la fin de chaque chapitre. Il nous paraît superflu de les réunir dans ces dernières pages. Il nous semble qu'à la fin de l'étape, ce ne sont pas les détails de la route qui retiennent l'intérêt mais c'est l'impression d'ensemble laissée par les « choses vues » qui remplit l'esprit.

Cette impression d'ensemble, elle est bien nette ; elle trouve son expression dans cette vérité très simple : c'est du rapprochement que jaillit la lumière. On ne peut adresser aux résultats auxquels nous avons pu aboutir le reproche d'être de pures créations de l'esprit, des vues théoriques. Il nous a suffi, pour les mettre au jour, de placer en parallèle les diverses législations. Ce rapprochement continu et multiplié à chaque pas de notre exposé a réduit pour ainsi dire à néant toute tentative d'appel au droit naturel ou à la réflexion philosophique, car, à ce qui restait sans solution dans telle loi, telle

autre loi étrangère apportait une réponse fort sage, d'après les simples lumières du bon sens. Et les vues d'avenir elles-mêmes, les vœux de réformes, ne nous ont-ils pas été dictés avec l'accent le plus convaincant qu'il se puisse trouver par la simple succession dans le temps des systèmes, consacrant progressivement un perfectionnement certain et constant, des législations plus anciennes aux législations plus récentes et plus jeunes.

Ainsi, pour le problème de la pertinence, tandis que les droits continentaux et le droit islamique se sont arrêtés au seuil d'une classification des faits *relevant*, le droit anglo-américain nous apporte cette classification, toute faite, et avec quel luxe de méthode !

La question de l'admissibilité se résout complètement d'une façon toute naturelle et toute simple en prenant au droit islamique son étude de l'« impossibilité », et au droit anglo-américain, sa synthèse de « la prohibition de la loi ».

Quant à la « détermination », tandis que le droit islamique nous fournit une technique achevée de l'opération, sur le problème si grave des personnalités auxquelles incombent dans le débat judiciaire, la conduite de l'entreprise, la réponse qui doit être celle de l'avenir, est formulée avec clarté par le simple rapprochement des législations qui datent déjà quelque peu avec celles qui sont toutes nouvelles.

C'est surtout pour les deux problèmes très généraux examinés dans notre introduction, celui de la

place, celui de la conception, de la preuve problème de tendance, peut-on dire, que l'orientation libérale que nous avons préférée, nous a été imposée par le développement historique des diverses législations envisagées.

En résumé, tout notre travail est la démonstration d'un phénomène très simple et d'une grande portée, à savoir, que les législations diverses qui se partagent le monde, sur chaque question particulière : 1° se complètent ; 2° se fournissent mutuellement des directives d'ensemble.

Bien entendu ce fait est le privilège des législations dont l'originalité propre est vraiment féconde et la force même des choses nous a entraîné à limiter notre étude à trois groupes fondamentaux :

1° Le droit des pays continentaux ;

2° Le droit des pays de langue anglaise ;

3° Le droit de l'islam.

« C'est l'opinion la plus accréditée parmi les juristes qui s'adonnent aux études comparatives, dit notre éminent maître M. Lévy-Ullmann, que l'ensemble des législations dominantes dans le monde contemporain peut se réduire à ces trois grands systèmes (1). »

Nous n'avons pas fait autre chose que de les mettre en parallèle, et c'est dans cette comparaison

1. H. Lévy-Ullmann, *Vers le droit mondial du XX^e siècle*. Préface au tome I de la collection d'Etudes théoriques de droit étranger, de droit comparé et de droit international. Paris, Rousseau, 1923, p. 7.

que réside l'essentiel de la méthode du droit comparé. « Le droit comparé, dit encore M. Lévy-Ullmann, est la branche spéciale de la science juridique qui a pour objet le rapprochement systématique des institutions des pays civilisés. Dans l'état de développement où est aujourd'hui parvenue **cette** branche grâce aux admirables travaux de nos prédécesseurs, on peut affirmer qu'elle procède principalement par **synthèse**. Le rapprochement entre les législations étudiées répondant beaucoup plus à une recherche de coordination d'ensemble, qu'à des observations fragmentaires et détachées les unes des autres (1). »

Notre travail, nous l'espérons du moins, apportera une preuve de plus de l'excellence de cette discipline, de son caractère éminemment réaliste, en même temps que de sa prodigieuse fécondité.

Et la mise en parallèle des législations ne mène pas seulement à ce résultat de complémentation et de direction mutuelles, mais il s'en dégage finalement une confiance profonde et réconfortante dans un avenir mondial meilleur. Cette confiance, nous en éprouvons très intimement la bienfaisante influence, mais nous ne pouvons mieux en fournir l'expression concrète et précise qu'en empruntant la formule très claire et très savante qu'en a donnée M. Lévy-Ullmann : « La fin humaine vers laquelle tendent plus ou moins consciemment les législations du monde contemporain c'est l'élaboration d'un

1. Lévy-Ullmann, *op. cit.*, p. 29.

fonds de droit uniforme réglementant les relations d'affaires nouées entre ressortissants des pays les plus différents (1). »

Cette élaboration est tantôt l'effet de l'imitation législative, tantôt l'effet de l'orientation jurisprudentielle, tantôt l'œuvre de la **construction scientifique, par la méthode** du droit comparé. Dans notre matière de la preuve, c'est plus que tout autre ce dernier facteur qui paraît le plus efficace, ainsi qu'il résulte de notre exposé ; c'est aux travaux comparatistes, en matière de preuve, qu'il appartient, croyons-nous (puisse le nôtre avoir coopéré à ce but), de conduire les droits des diverses nations vers le droit mondial du xx^e siècle (2).

1. Lévy-Ullmann, *op. cit.*, p. 8.

2. N'est-ce pas à l'appui de cette espérance un fait bien symptomatique que le travail entrepris en commun par les juristes français et les italiens, en vue de la révision de la théorie des obligations.

Vu : le Doyen,
BERTHÉLEMY

Vu : le Président de la thèse,
LÉVY-ULLMANN

Vu et permis d'imprimer,
Le Recteur de l'Académie de Paris
P. APPELL

